

Vederlagsbestemmelser i Kontraktsretten

Bruken av enhetspriser i fabrikkasjonskontrakter

Veileder: Dr. juris. Ellen Eftestøl-Wilhelmsson

Leveringsfrist: 25.04.2005

Kandidatnummer: 372

Til sammen 17635 ord

22.04.2005

Innholdsfortegnelse

VEDERLAGSBESTEMMELSER I KONTRAKTSRETEN		1
BRUKEN AV ENHETSPRISER I FABRIKASJONSKONTRAKTER		1
INNHALDSFORTEGNELSE		1
1	INNLEDNING	1
1.1	Avtale om pris, risiko og justering	1
1.2	Kilder og metode	6
2	VEDERLAGSBEREGNINGSPRINSIPPER	8
2.1	Oversikt	8
2.2	Fastsum og risiko	9
2.3	Enhetspris og risiko	9
2.4	Finnes det en deklarasjonsregel?	12
3	ENKELTE SPØRSMÅL BASERT PÅ VEDERLAGSKLAUSULER	22
3.1	Utgangspunkter	22
3.2	Overslag og "Provisional sums"	25
3.3	Enhetsprisbestemmelser og anvendelighet	27
3.4	NF92s bruk av enhetspriser	31
3.5	Anvendelse av timerater	36
3.6	"Plunder og heft"	38
3.7	Klausuler om at indirekte arbeid ikke dekkes av enhetsratene	42
3.8	Quantity-update-klausuler	44
3.9	Oppmåling av enhetene; "As-bulit-klausuler"	48
3.10	Forholdet mellom vederlagsberegningssprinsipper og klausuler	50
4	ENKELTE SYNSPUNKTER OM BRUK AV AVTALELOVENS§36 PÅ ENHETSPRISER	51
5	LITTERATURLISTE	54

1 Innledning

1.1 Avtale om pris, risiko og justering.

Et sentralt tema i avtaleforhold er hvor mye som skal betales av den som kjøper eller bestiller et gode for den ytelse han mottar. Utgangspunktet er at det hersker avtalefrihet for hvilket vederlag som skal betales for en ytelse. Begrensinger i avtalefriheten kan følge av avtl.§36 eller andre offentligrettslige skrankeregler.

I enkle avtaleforhold kommer vanligvis den pris som skal betales klart frem av avtalen. Hvis man kjøper en ting eller ytelse skal det betales et visst beløp etter avtalen mellom partene. For standardiserte ytelser kommer gjerne prisen også frem ved en sammenligning av hva tilsvarende ytelse koster, og av reklame og annonser med henvisning til «veiledende pris.» Ofte må en pris som kommer frem på en slik måte, anses som avtalt mellom partene.

I mer sammensatte avtaleforhold kan prisen være bygget opp av flere elementer hvor det reelle vederlag som skal betales i henhold til avtaledokumentet ikke fremkommer klart. Man vil ofte ikke ha full oversikt over hva det totale vederlag vil bli før kontrakten er oppfylt. Dette gjelder særlig i fabrikasjonskontrakter hvor prisreglene kan være omfattende og kompliserte. Også her må imidlertid den riktige prisen for ytelsen først og fremst finnes i avtaledokumentene selv om det normalt er mekanismene for beregning av vederlaget som kommer klarest til uttrykk. For fabrikasjonskontrakter som inngås på anbud vil imidlertid prisen være oppgitt. Men dette er i stor utstrekning bare å anse som et utgangspunkt for hva det endelige vederlaget ventes å bli. For arbeidet under en fabrikasjonskontrakt vil leverandøren forsøke gjennom ulike vederlagsbestemmelser å sikre seg at kostnadene ved å prestere ytelsen dekkes i tillegg til et påslag for fortjeneste og risiko for uventede kostnader. Dette kan komme til uttrykk i avtalen mellom leverandøren og bestilleren på ulike måter. Det individuelle særpreg ved fabrikasjonsoppdrag gjør imidlertid at det er vanskelig å bruke opplysninger om hvordan lignede ytelser er prissatt under andre fabrikasjonskontrakter, som tolkningsmoment ved fastleggelsen av prisen under en bestemt

fabrikasjonskontrakt. Dette er fordi det i praksis ikke eksisterer noen «lignende ytelse.»

Det kan også tenkes situasjoner der fabrikasjonskontrakten mangler prisbestemmelser for alle eller deler av ytelsene under kontrakten. Utfra vanlige prinsipper om avtaleinngåelse vil manglende prisbestemmelser være et moment som sterkt taler mot at bindende avtale var inngått.⁽¹⁾ Høyesterett forutsetter imidlertid at en avtale kan være bindende selv om prisen ikke er avtalt. I kjøpsloven og andre kontraktslover gis det deklarasjoniske prisfastsettelsesregler for de tilfeller hvor prisen ikke er avtalt. For fabrikasjonskontraktenes vedkommende er det imidlertid vanskelig å tenke seg i praksis at det ikke skulle være avtalt dekkende prisbestemmelser for hele oppdraget etter en anbudsrunde. Prisregler og mekanismer for prisberegning vil ha vært gjenstand for omfattende forhandlinger slik at det er lite sannsynlig at partene ikke har avtalt pris for alle prislelementer. Det skulle således være lite behov for direkte anvendelse av en bakgrunnsregel.

På den annen side kan det teoretisk tenkes situasjoner hvor det kan oppstå direkte behov for en prisregel. En deklarasjonisk vederlagsregel vil også kunne virke som en tolkningsfaktor og bevisbyrderregel hvor kontraktens prisregler er uklare. Den som hevder at en avvikende prismodell er avtalt må godtgjøre det, og en uklar prisbestemmelse vil kunne bli tolket i samsvar med den deklarasjoniske regel. Til dette kommer at en deklarasjonisk regel gir et autorativt uttrykk for hvilken løsning som anses rimelig i avtaleforhold generelt, og således bør kunne danne en bakgrunn for den kontraktspraksis som eksisterer omkring hvilket vederlag som skal betales for ytelsene under en fabrikasjonskontrakt.

Det er opp til partene å bestemme hvilket resultat leverandøren er forpliktet å frembringe under en fabrikasjonskontrakt. I en fabrikasjonskontrakt kan det resultat som presenteres, bestå av ulike deler. Disse delene kan være prissatt forskjellig, og den totale prisen for et kontraktsmessig resultat fremkommer ved å legge sammen prisen for de ulike delene. Prisen for en ytelse under en fabrikasjonskontrakt kompliseres imidlertid ytterligere ved at det er vanlig å avtale forskjellig prinsipper for beregning

Note 1: jf. Rt.1982 s1110 hvor det ble uttalt at «prisen er et fundamentalt poeng ved avtaleinngåelse, og når pris ikke er avtalt vil det vanligvis være et meget sterk formodning for at endelig avtale ikke er inngått».

av vederlaget for de ulike delene av kontrakten. I fabrikkasjonskontrakter benytter prisformatet gjerne tre vederlagsberegningsprinsipper for det arbeids som skal utføres under kontrakten. Noen innsatsfaktorer kan være gitt en fast sum for. Det er således vanlig at det skal betales en fast sum for eksempelvis «generalkostnader» for oppdraget. Andre innsatsfaktorer kan det være gitt enhetspriser for. For det tredje kan det være avtalt at visse innsatsfaktorer skal gjøres opp etter regning.

Hver av disse beregningsmåtene gir uttrykk for ulike måter å prissette arbeidet på, men de gir også uttrykk for hvilke kostnader som er relevante for vederlagsberegningen. Hovedskillet består i at både fastsum- og enhetspriselementer er prissatt ved avtaleinngåelsen, i motsetning til regningsarbeid hvor vederlaget beror på de faktiske kostnader ved å utføre oppdraget.

Når de ulike vederlagsberegningsprinsippene anvendes i samme kontrakt medfører det at en vesentlig del av spørsmålet om hvilken pris som er avtalt for ytelsene under en fabrikkasjonskontrakt, vil måtte løses gjennom en «fordeling» av innsatsfaktorer på de enkelte prisbestemmelser. Hvordan denne «fordelingen» blir, er i hovedsak et tolkningsspørsmål. For enhetsprisbestemmelsene i kontrakten vil det således oppstå spørsmål om hvilke innsatsfaktorer, og dermed hvilke kostnader, som inngår i raten. Dette vil først og fremst følge av enhetsprisbestemmelsen selv, men også andre prisbestemmelser vil kunne gi veiledning. Kontraktens krav til det resultat leverandøren skal frembringe må også trekkes inn i denne vurderingen.

I en typisk fabrikkasjonskontrakt vil leverandørens ytelse bestå av en rekke plikter som hver krever at han setter inn visse innsatsfaktorer for å oppfylle dem. Det kan være hensiktsmessig å betegne leverandørens forpliktelser under kontrakten som summen av de innsatsfaktorer han må bruke eller skaffe til veie for å frembringe et kontraktsmessig resultat. Kontraktspliktene fremgår særlig av det som betegnes som arbeidsbeskrivelsen eller «scope of work.» Denne er som oftest veldig detaljert.

Som en naturlig konsekvens av arbeidsbeskrivelsens detaljerte regulering av kontraktsplikten, er også fabrikkasjonskontraktens prisbestemmelser omfattende. Den samlede regulering av kontraktens prisbestemmelser og mekanismer kalles kontraktens prisformat. Prisformatet er ment å være et utslag av de plikter leverandøren har under kontrakten. Vederlagsbestemmelser gir gjennom sin beregning av hvor mye

leverandøren har krav på av betaling, uttrykk for en sammenheng mellom arbeidsbeskrivelsen under kontrakten og prisformatet. Man kan tale om en regulering av risikoen for hvilke kostnader leverandøren kan belaste bestilleren med for utføringen av arbeidet. For leverandøren er dette et vesentlig spørsmål for om han kan få dekket sine kostnader og påslagsmarginer ved utføringen av arbeidet under kontrakten.(2) Bestilleren på sin side vil selvsagt være interessert i å få ytelsen billigst mulig. På bakgrunn av den omfattende reguleringen av vederlagsberegningen vil det være av stor økonomisk betydning for partene å fastlegge det nærmere innholdet i vederlagsbestemmelsene. Partene kan gjennom klausuler og forbehold av ulik art ta høyde for forskjellige elementer som skal inngå i, og påvirke vederlagets størrelse og beregning.

Forholdet til arbeidsbeskrivelsen under kontrakten er av betydning, i og med at den særlig angir hva leverandøren må prestere som betingelse for et krav på vederlag.(3) Det resultat som leverandøren er forpliktet til å frembringe, slik det hovedsakelig fremkommer av arbeidsbeskrivelsen, kan kaste lys over hvilke innsatsfaktorer som inngår i en bestemt vederlagsbestemmelse. Arbeidsbeskrivelsen danner også hovedsakelig rammen for når NF 92s endringsordresystem gir krav på tilleggsvederlag eller redusert vederlag ved betaling for endringer etter artikkel 13. Et krav om økt vederlag eller justering av kontraktens vederlagsbestemmelser må således som utgangspunkt bygge på at leverandørens ytelsesplikt, oftest definert gjennom kontraktens arbeidsbeskrivelse, er endret.

I teorien omkring ulike vederlagsprinsipper opereres det med visse «vanlige oppfatninger» av den risikofordeling, i denne sammenheng risikoen for kostnader ved å frembringe ytelsen, som en bestemt vederlagsbestemmelse gir uttrykk for. Den frihet som partene i en fabrikasjonskontrakt har til selv å bestemme hvilket vederlag som skal betales for en ytelse kan medføre at kontraktens risikofordeling ikke stemmer med det som «vanligvis» skulle følge av å anvende eksempelvis enhetspriser for deler av arbeidet under kontrakten. Dette gjøres ved utstrakt bruk av klausuler av ulikt slag.

Note 2: jf. Sandvik Entreprenørrisikoen s.156 hvor dette omtales som et spørsmål om «vederlag skal beregnes i forhold til omfanget av arbeidet som faktisk blir utført eller i forhold til de faktiske produksjonskostnadene hos entreprenøren.»

Note 3: Dette omtales ofte som «vederlagsrisikoen» jf. Sandvik s.156, Krüger s.323 flg, Barbo s.295 flg

Når leverandøren og bestilleren avtaler priser for ytelsene under kontrakten, bygger de ofte denne på en del forutsetninger. Typisk at prisen i det minste vil dekke leverandørens kostnader ved oppdraget, at prosjektet ellers vil ha en normal utvikling og andre forutsetninger med hensyn til faktiske forhold. Hvis disse forutsetningene ikke «slår til,» kan det oppstå spørsmål om prisene fortsatt skal gjelde eller om leverandøren gis adgang til å revidere sine priser. Her kan tenkes at fabrikkasjonskontrakten selv gir holdepunkter for en løsning, men det kan også tenkes at avtalelovens §36 kan trekkes inn i vurderingen.

Det endelige vederlaget leverandøren har krav på å få utbetalt vil i praksis påvirkes av andre regler enn kontraktens egne vederlagsbestemmelser for kontraktarbeidet. Blant annet vil regler om tilleggsbetaling for endringsarbeid i NF 92 artikkel 13, kunne øke det endelige vederlaget. Misligholdssanksjoner vil på samme måte kunne ha betydning for den endelige utbetaling under kontrakten, slik som dagmulkt etter NF 92 artikkel 24. Prosessuelle regler om preklusjon vil også kunne medføre at retten til vederlag forspilles. På den annen side er denne påvirkningen gjensidig. De vederlagsregler partene har avtalt for oppdraget kan i større eller mindre grad styre nivået på den kompensasjon leverandøren har krav på etter NF 92 for blant annet endringsarbeid og mislighold fra bestillerens side.

Emnet for denne avhandlingen er en behandling av enkelte konkrete spørsmål som kan oppstå ved bruk av vederlagsklausuler tilknyttet enhetsprisbestemmelser i fabrikkasjonskontrakter. For en gjennomgåelse av de spørsmålene som kan oppstå i den forbindelse, vil forholdet til ulike vederlagsberegningsprinsipper ha en sentral plass. Disse prinsipper anses i stor utstrekning for å gi uttrykk for en risikoplassering for ulike økonomiske byrder i kontraktsforholdet. Klausuler av ulik art kan modifisere eller presisere det nærmere innhold av generelle vederlagsberegningsprinsipper. En redegjørelse for de ulike vederlagsberegningsprinsipper vil således danne en teoretisk bakgrunn for gjennomgangen av de praktiske spørsmål. Vederlagsbestemmelsenes forhold til NF 92s håndtering av ulike faktorer som kan påvirke det vederlag som leverandøren har krav på, vil jeg også i en viss utstrekning behandle underveis i fremstillingen.

I oppgaven bruker jeg noen begreper som det kan være naturlig å presisere det nærmere innhold av.

Med leverandør mener jeg den som er forpliktet til å frembringe fabrikasjonen, og således har krav på vederlag. Bestilleren er brukt som betegnelse på den som har bestilt fabrikasjonsoppdraget, og på den måten er forpliktet til å betale leverandøren et vederlag.

Når jeg i oppgaven henviser til leverandørens kontraktsplikt, mener jeg den forpliktelse han har til å frembringe en ytelse. Ved bruk av enhetspriser vil det ofte være tale om en forpliktelse til å nå et bestemt resultat. Denne kontraktsplikten vil hovedsaklig fremgå av kontraktens arbeidsbeskrivelse, tegninger og spesifikasjoner jf. NF artikkel 2.1

1.2 Kilder og metode:

Oppgaven tar særlig for seg spørsmål som kan oppstå i tilknytning til bruk av ulike enhetsprisbestemmelser anvendt i fabrikasjonskontrakter inngått på NF 92-vilkår. NF 92 løser selv noen av de spørsmål som oppstår i denne forbindelse. Hvilke forhold som etter NF 92s regler kan påvirke vederlagsberegningen, har således vært viktig som bakgrunn for de spørsmål som oppstår i denne forbindelse med bruk av enhetspriser og klausuler. De enkelte kontrakters prisformater og arbeidsbeskrivelser er imidlertid lite tilgjengelige. For å få en viss oversikt over de spørsmål som i praksis oppstår, har det vært nødvendig å undersøke hvordan partene selv søker å løse «risiko-»spørsmål gjennom vilkår og klausuler i disse dokumenter. Jeg har fått tilgang til en typisk fabrikasjonskontrakt. Denne har gitt meg ledetråder med hensyn til den kontraktstekniske løsningen av vederlagsreguleringen i disse kontraktstypene. I tillegg har den gitt bidrag til mer prinsipielle drøftelser av forholdet mellom arbeidsbeskrivelse, prisformat og NF 92.

Et viktig utgangspunkt er både kontraktens arbeidsbeskrivelser og prisformater har sitt grunnlag i en avtale mellom to parter. Som følge av dette vil det hovedsakelig være et tolkningsspørsmål i tilknytning til disse dokumenter som er av interesse for fastleggelsen av innholdet i prisbestemmelsene.

NF 92 er et såkalt «agreed document.» Det vil si at kontrakten er fremforhandlet av representanter for de berørte interesser eller organisasjoner, og i det vesentlige blir den anbefalt brukt for medlemmene av disse. For denne type standardavtaler er det vanlig å anvende enkelte særlige tolkningsregler. Standardavtalen er ikke utformet med tanke på den konkrete avtale, og det vil derfor kunne være vanskelig å finn frem til en felles partsvilje. Ofte må derfor bestemmelsene i en slik kontrakt tolkes objektivt etter sin ordlyd med stor vekt på formålet bak de ulike bestemmelsene(4).

Arbeidsbeskrivelsen og prisformatet er derimot individuelt forhandlet. Dette må etter min mening få betydning for de tolkningsprinsipper som kan eller skal anvendes for å fastlegge det nærmeste innhold av disse kontraktsdokumentene. Det vil innebære at de vanligste tolkningsmomenter og tolkningsprinsipper blir avgjørende for hvilket innhold en bestemmelse, i det som omtales som kontraktens vedlegg, har. Partenes felles forståelse av avtaleteksten må således bli avgjørende. På samme måte kan partenes ulike forutsetninger med hensyn til hvordan bestemmelse skal forstås, tillegges vekt ved tolkningen. Innholdet i disse vil imidlertid bli farget av at NF 92 er lagt til grunn mellom partene, ved at klausulene ofte må tolkes i samsvar med denne. Fastleggelsen av innholdet i klausulene vil også bli påvirket av at det dreier seg om kontrakter hvor begge parter ofte er særdeles profesjonelle.

Med unntak av Kaasen er litteraturen omkring NF 92 sparsommelig. I enda mindre grad er vederlagsbestemmelser behandlet, med unntak av reglene om tilleggsvederlag etter NF 92 artikkel 13. Om entrepriseretten foreligger det imidlertid omfattende litteratur. Den faktiske og rettslige likhet det i mange tilfeller er mellom entreprisekontrakter og fabrikkasjonskontrakter har gitt mange bidrag til mine drøftelser av vederlagsbestemmelser.

Domspraksis omkring forståelsen av vederlagsbestemmelser, og især enhetspriser, er lite utbredt. På fabrikkasjonskontraktens område har jeg ikke funnet noen, derimot enkelte dommer på beslektede områder.

I NF 92 artikkel 16, er foreløpig tvisteløsningssystem. Løsningen på den tvist som kommer til avgjørelse under dette system kalles «ekspertavgjørelser.» De blir i stor

utstrekning respektert av partene og blir med det endelige avgjørelser.(5) Disse avgjørelsene har gitt mange ideer til tolkningsspørsmål som kan oppstå og hvordan de i praksis løses.

2. Vederlagsberegningsprinsipper

2.1 Oversikt

Det er vanlig i teorien omkring vederlag å operere med forskjellige prinsipper for vederlagsberegningen som kan tenkes avtalt mellom partene. Den vanlige inndelingen er for de tilfeller kontrakten skal gjøres opp etter regning og hvor den skal gjøres opp etter faste priser. De faste prisene er det vanlig å kategorisere i henholdsvis fastsumskontrakter og i enhetspriser.(6) Etter min mening kan det på bakgrunn av en rekke lovbestemmelser også opereres med ytterligere en kategori, markedspris. I det følgende skal jeg redegjøre litt om de forskjellige måter å beregne vederlaget på og den risikofordeling mellom partene som en slik regulering gir uttrykk for. Jeg vil også ta opp spørsmålet om det er grunnlag for å oppstille en deklarasjonsregel for fabrikkkontrakter. Under kapittel 3 skal jeg ta for meg hvordan partene og NF 92 praktisk løser lignende spørsmål ved bruk av enhetspriser, for så under punkt 3.10 se litt på forholdet mellom de ulike prinsipper for vederlagsberegning og partenes individuelle løsninger ved bruk av enhetspriser.

Note 5: jf. Kaasen s.397 flg.

Note 6 : Se eksempelvis Sandvik s-164-165, Barbo s. 53 flg, Kaasen s.74

2.2. Fastsum og risiko.

En vanlig måte å prissette en ytelse på er å gi en fast sum for prestasjon. Det vil i fastsumkontrakter være avgjørende å fastsette ytelsens nærmere innhold fordi utgangspunktet vil være at vederlaget skal dekke alt som kreves for å oppfylle kontrakten. Det beløp leverandøren kan belaste bestilleren med er i disse tilfellene fastsatt før arbeidets start. Ved å gi en fastsum for ytelsen foretar partene også en plassering av risiko for kostnader som vil påløpe ved oppfyllelsen av kontrakten, og for marginer for påslag leverandøren har beregnet seg i den faste summen. Rammene for det faste vederlaget defineres gjennom det leverandøren er forpliktet til å utføre av arbeider under kontrakten.⁽⁷⁾ Hvis det under kontraktarbeidets gang viser seg behov for ytterligere innsatsfaktorer ved at bestilleren pålegger endringer, må disse prises særskilt ved egen avtale eller endringsarbeid etter NF 92 artikkel 13.

2.3. Enhetspris og risiko

Bruk av entrepriser som grunnlag for vederlagsberegningen er utbredt i fabrikasjonskontrakter. Dette reiser spørsmål om hva som er dekket av entreprisene, og hvilken risiko som reguleres ved anvendelse av et slikt vederlagsberegningssprinsipp. I det følgende skal jeg redegjøre for noen hovedsynspunkter.

En kontrakt eller deler av en kontrakt kan være bygget opp av enhetspriser. Det vil si at den totale ytelsen under kontrakten er delt opp i «enheter» som er prissatt hver for seg. Til forskjell fra fastsumkontraktene er således leverandørens kontraktsplikter «delt opp» for de ytelser som dekkes av enhetsprisene er bindende fastlagt ved avtaleinngåelsen. Det naturlige utgangspunkt for risikofordelingen mellom partene ved bruk av enhetspriser er at leverandøren har risikoen for å utføre arbeidet i henhold til de

Note 7: jf. Barbo s.55

for de ytelser som dekkes av enhetsprisene er bindende fastlagt ved avtaleinngåelsen. Det naturlige utgangspunkt for risikofordelingen mellom partene ved bruk av enhetspriser er at leverandøren har risikoen for å utføre arbeidet i henhold til de enhetspriser han har oppgitt ved avtaleinngåelsen. Dette innebærer at han selv må bære kostnadene hvis det viser seg at ratene ikke dekker de faktiske kostnader ved å utføre arbeidet som dekkes av enhetsprisen, eller at de marginer han har beregnet seg for fortjeneste o.l. svikter.

Det er ved kontraktinngåelsen vanligvis ikke bindende fastsatt hvor mange «enheter» som er nødvendig for å nå et kontraktsmessig resultat. Risikoen for hvor mange enheter som vil medgå til kontraktsarbeidet ligger normalt på bestilleren i en avtale om betaling etter enhetspriser. Dette omtales i entrepriseforhold som «masserisikoen.» Det betyr at bestilleren må betale for det antall enheter som blir brukt for å oppfylle kontrakten. Imidlertid kan leverandøren gjennom bestemmelser i kontrakten ha overtatt deler av «masserisikoen.» I entrepriseforhold kan entreprenøren (leverandøren) være forpliktet til å foreta en «mengdekontroll.» Dette kan innebære at han har overtatt risikoen for at den mengdeberegning han har foretatt i tillit til byggherrens (bestillerens) anbudsgrunnlag, er riktig. Hvis så er tilfelle omtales kontraktstypen som enhetspriskontrakt med «låste masser.»⁽⁸⁾ Dette vil jeg i liten grad komme inn på i det følgende.

Utgangspunktet for hvordan partene kommer frem til det endelige vederlaget som skal betales på grunnlag av kontraktens enhetspriser er at «enhetene» multipliseres med «mengden» enheter som er anvendt for å oppfylle kontrakten. Bruk av enhetspriser forutsetter således normalt at det må foretas en oppmåling av hvor mange enheter som er anvendt. Det totale beløp som fremkommer ved multiplikasjon er som utgangspunkt det vederlagskrav leverandøren har for arbeidet under en enhetspris.

At et kontraktsarbeid skal prises per enhet dekker et vidt spekter av forskjellige tilfeller avhengig av hva som skal utføres under fabrikkkontrakten. Det er vanlig å dele inn

Note 8: jf. Barbo s.58

enhetene i alminnelig brukte måleenheter(9). Eksempelvis kan det tenkes at enheten er oppgitt i meter, kvadratmeter eller kubikkmeter. Hvor det er tale om rørlegging kan prisen for ytelsen således fremkomme ved at det måles hvor mange meter rør som er medgått til kontraktsarbeidet. I andre tilfeller vil vederlagsberegningen kunne bestå av en måling av hvor mange kvadratmeter maling som leverandøren har malt eller pris per kubikkmeter fjernet masse. Enhetsprisene kan ved sitt eget innhold presisere enhetens nærmere innhold. Hvis en enhetspris gjelder per løpemeter «installert» elektrisk kabel, vil prisen normalt forstås slik at den dekker både leverandørens materialkostnader og hans kostnader for arbeidet ved innstalleringen. Vanligvis vil også det utstyr som leverandøren trenger til å utføre arbeidet være inkludert i enhetsprisen, slikt som sveiseapparater for sveisearbeid og malingsutstyr ved malingsarbeid. Hvis en bestemt innsatsfaktor er særlig kostbar kan den være skilt ut av enhetsprisen for å bli dekket særskilt. Typisk ved en klausul om at «these rates does not include scaffolding» (stillaser)

Enhetsprisene vil i større fabrikasjonsforhold ofte være ytterligere spesifisert. Typisk kan det være ulik pris for rør av ulik tykkelse, og prisingen for malingsarbeid vil være avhengig av malingstype. På denne bakgrunn opprettes det i fabrikasjonsforhold egne prisformat hvor oppbygningen av kontraktens prisregler settes i sammenheng med hverandre og kontraktens arbeidsbeskrivelse, tegningene og spesifikasjonene.

I fabrikasjonskontrakter anvendes også timerater i stor utstrekning. Dette er bestemmelser som fastsetter et bestemt beløp per time for det arbeidet som dekkes av raten. Vederlagsberegningen for timeprisarbeid beror således på den tid arbeidet har tatt. Eksempelvis kan nevnes timeprisen for ingeniører eller formenn som skal utføre arbeid under kontrakten. I likhet med det som er sagt over, vil timeprisen også ligge fast fra avtaleinngåelsestidspunktet. Til forskjell fra et oppgjør etter regning innebærer bruk av timepriser en forenkling ved at leverandøren betales med et beløp per time fastsatt på forhånd, og ikke etter de påviste faktiske kostnader.

I en fabrikasjonskontrakt hvor ulike deler av kontraktsarbeidet er prissatt etter forskjellige vederlagsberegningssprinsipper, vil spørsmålet om hvilke innsatsfaktorer

Note 9: jf. Krüger s.344

som inngår i den enkelte enhet være viktig å avklare. Dette fordi det ikke alltid fremgår klart hvilken vederlagsbestemmelse en innsatsfaktor skal høre under. Det er således et spørsmål av stor betydning for vederlagsberegningen under kontrakten.

2.4 Finnes det en deklarasjonsberegningsregel?

2.4.1 Markedsprinsippet

En fabrikkasjonskontrakt inneholder ytelser som i stor grad er individuelt tilpasset bestillerens ønsker og behov for det prosjektet leveransen skal inngå i. Det vederlag som skal betales for fabrikkasjonen er på samme måte en naturlig følge av de omfattende spesifikasjoner og plikter som gjelder for kontrakten. Vederlagsreguleringen er i praksis ofte svært detaljert nettopp av denne grunn. Jeg skal i det følgende undersøke om det foreligger en deklarasjonsberegningsregel for fabrikkasjonskontrakter.

Både faktisk og rettslig vil det kunne by på problemer å utforme en deklarasjons prisregel som tar tilstrekkelig hensyn til de nevnte særegenheter ved fabrikkasjonskontrakter. For enkelte kontraktsforhold vil det ofte være mulig å sammenligne ytelsen med prisen for en tilsvarende ytelse. Denne mulighet savnes i de fleste tilfeller for fabrikkasjonskontrakter. På bakgrunn av det som er sagt over vil en deklarasjons regel vanskelig kunne ta høyde for alle innsatsfaktorer som leverandøren skal ha betalt for. Den risikoplassering som prisbestemmelsene vanligvis regulerer vil også gjennom en deklarasjons bestemmelse bli lite anvendelig.

En del lovbestemmelser oppstiller regler om beregning av vederlaget hvis prisen for ytelsen ikke følger av avtalen, selv om ytelsene som skal prissettes er individuelt tilpasset. Nedenfor vil jeg gjennomgå enkelte lovbestemmelser som kan gi holdepunkter for en deklarasjons regel om prisfastsettelse kan oppstilles for fabrikkasjonskontrakter.

I kjøpslovens §45, første ledd(10) fastsettes det at bestemmelsen kommer til anvendelse hvor prisen ikke er avtalt. Bestemmelsen viser også at kjøpsloven ikke oppstiller noen grenser med hensyn til hvor mye eller hvor lite en part skal betale hvis prisen har et avtalemessig

grunnlag. Et avtalemessig grunnlag bør kunne sies å ha inntruffet hvis det er avtalt en metode for å bestemme prisen, selv om den endelige prisen ikke er avtalt.(11)

Begrensninger i adgangen til å avtale pris kan følge av andre lovbestemmelser som avtalelovens§36 (12), men det går jeg ikke inn på her.

Hvis partene ikke har avtalt pris for ytelsen, regulerer derimot kjøpsloven i to alternativer hvor mye som det skal betales for ytelsen. I kjøpsloven av 13.mai 1988 nr.27§45 første ledd, første punktum heter det at kjøperen da skal betale det som er «gjengs pris» på avtaletiden, hensett til hvor mye tilsvarende ting blir solgt for under samme forhold, jf. kjl§45, første ledd, første punktum. Til slutt oppstilles det et krav om at den «gjengse» prisen ikke må være urimelig. I kjl§45 første ledd, annet punktum gis en subsidiær regel som gjelder hvis det for den solgte ting ikke finnes noen «gjengs pris.» Denne regelen sier at prisen skal fastsettes utfra «det som er rimelig under omsyn til tingens art og godhet og tilhøva ellers.»

Kjøpsloven gjelder «kjøp» etter dens §1. I kjl§2 er anvendelsesområdet presisert. Det heter i §2 at kjøpsloven gjelder for ting som skal tilvirkes så vidt bestilleren ikke skal skaffe en vesentlig del av materialet. Dette innebærer at en del fabrikasjonskontrakter vil falle inn under kjøpsloven.(13) Således vil kjøpslovens prisbestemmelser være deklarasjonsrett bakgrunnsrett ved fastleggelsen av prisen i de fabrikasjonskontrakter som faller innenfor kjl§2, første ledd første punktum. For fabrikasjonskontraktens vedkommende vil imidlertid bestemmelsen være til hinder for at kjøpslovens deklarasjons prisregel får anvendelse i en del tilfeller. Imidlertid kan de hensyn kjøpslovens prisfastsettelsesregler bygger på også tenkes å gjøre seg gjeldende for fabrikasjonskontrakter som faller utenfor kjøpsloven.

Hva ligger det så i lovens uttrykk «gjengs pris?» En språklig forståelse av uttrykket tilsier at det er en «vanlig» pris for lignende ting som skal legges til grunn. Dette forutsetter at det finnes lignende ting som blir solgt i et marked. I dette markedet skal man således lete etter en felles pris for samme type ting, en markedspris.

Note 11: jf. Lando, Principles of European Contract Law art.6

Note 12: Avtaleloven av 1918

Note 13: jf. Kaasen s.40-41

I forarbeidene(14) fremgår det at for å komme frem til «gjengs pris» må man sammenligne tingen med hva tilsvarende ting koster i tilsvarende omsetningsledd. Dette vil innebære slik jeg forstår det, at hva som er «gjengs pris» kan bero på om selgeren er detaljist(15), grossist eller lignende. Forarbeidene peker også på en del andre forhold som kan påvirke hva som er «gjengs pris,» som kvalitet, service hvor levering skal skje o.l. En del av de forhold som kan påvirke «gjengs pris-» vurderingen må således søkes i avtalen. Dette innebærer etter min mening at det gis rom for individuelle tilpasninger av vederlaget. En tolkning av avtalen vil således kunne gi holdepunkter for noen av momentene som vil inngå i vurderingen av hva som er «gjengs pris» for tingen. På denne måten er det også tatt høyde for prisvariasjoner innenfor det enkelte omsetningsledd. Forarbeidene peker også uttrykkelig på at det må tas hensyn til lokale prisvariasjoner. Dette er imidlertid ingenting som tyder på at forholdet til fabrikkasjonskontrakter har vært vurdert ved vedtagelsen av «gjengs pris-» kriteriet.

Kj§45 forutsetter at den «gjengse» prisen kan være urimelig. Forarbeidene til kj§45 uttaler at som regel vil ikke den «gjengse prisen» anses som urimelig. Dette er jeg enig på bakgrunn av de momentene som kan inngår i fastsettelsen av den «gjengse prisen.» Det er vanskelig å forestille seg momenter som kan «velte» en «gjengs pris,» særlig når det fremheves i forarbeidene at hva som er rimelig pris inngår i vurderingen og fastsettelsen av den «gjengse prisen.» Bergem/Rognlien(17) påpeker at i monopolsituasjoner vil en «gjengs pris» kunne anses for urimelig. Dette er også det eneste eksempelet forfatterne viser til.

Kjøpsloven er et resultat av et nordisk lovsamarbeid. Men i den svenske köplagen er det kun et vilkår at prisen skal være urimelig. «Gjengs pris-» kriteriet er altså sløyfet. Bergem/Rognlien hevder at «gjengs pris-» kriteriet innebærer at man har et fastere holdepunkt for prisfastsettelsen enn ved bare et «rimelighets-» kriterium.

Kjøpslovens regel om «gjengs pris» innebærer et brudd med den tidligere regelen i kjøpsloven av 1907 §5 hvor kjøperen skulle betale selgeren hans forlangende når

Note 15: jf. Ot prp nr 80 86-87 s.98-100

Note 16: jf. Ot prp nr 80 86-87 s.99

Note 17: Kommentartutgave av Kjøpsloven av 1988 s.275

«hans forlangende ikke kan anses for ubillig.» Dette innebar en regningsregel med en urimelighetsbegrensing.(17) Den nåværende regel gir således ikke et regningsprinsipp noen plass ved fastsettelsen av den «gjengse prisen» etter kjl§45 første ledd, første punktum.

For fabrikasjonskontraktens vedkommende vil det være vanskelig å etablere «gjengs pris» for hele kontraktsgjenstanden. Det individuelle særpreg vil i slike kontrakter være særlig fremtredende og det vil ikke være et «marked» for fabrikasjonen på same måte som for de enkelte kjøp som kan gi grunnlag for noen «gjengs pris.»(18) Dette gjelder uavhengig av om fabrikasjonskontrakten faller innenfor kjøpslovens bestemmelser. Men det er vel en rimelig antagelse at prisfastsettelsen for fabrikasjonskontrakter og for tilvirkningskontrakter i som alminnelighet, ikke har vært særlig nøye vurdert ved vedtagelsen av «gjengs pris-» kriteriet.

En annen av de nyere kontraktslovene er håndverktjenesteloven.(19) Etter dens §32 skal det også betales en «gjengs pris» når prisen ikke er avtalt. Vanligvis beregnes prisen for håndverksoppdrag som regningsarbeide etter avtalen mellom partene. I likhet med kjøpsloven gjelder §32 når ikke noe er avtalt om prisen. De samme momenter gjør seg gjeldene ved håndverksoppdrag som ved kjøp. På samme måte som for fabrikasjonskontrakter har jo håndverksoppdrag generelt sett en større grad av individuelt særpreg. Det kan derfor være vanskelig å komme frem til en «gjengs pris» for oppdraget. For enkelte oppdrag kan det ha utviklet seg faste takster o.l. Og for mange typer oppdrag hersker det et visst standardpreg slik at det kan sies å eksistere en «gjengs pris.»(20) Det er således heller ikke utelukket at det kan eksistere en «gjengs pris» for fabrikasjonsoppdrag, men i praksis vil det sjeldent forekomme en slik pris. Det er imidlertid etter min mening verdt å merke seg at til tross for det individuelle særpreget ved håndverksoppdrag, er «gjengs pris-» kriteriet ansett for den regel, som i mangel av avtale, best ivaretar partenes interesser.

Note 17: jf. Krüger s 347

Note 18: Barbo s.155flg syntes å mene at et oppgjør etter regningsprinsippet direkte følger av «gjengs pris-» kriteriet. Dette er jeg uenig i, og viser til det jeg har sagt ovenfor.

Note 19: Håndverktjenesteloven av 16.juni 1989 nr.63

Note 20: jf. Woxholth Håndverkstjenester 1996

Både kjl§45 og hvtl§32 forutsetter etter ordlyden at den «gjengse prisen» det er tale om å etablere, er det totale vederlaget for ytelsen. Imidlertid kan det tenkes at det inngår elementer i en prisfastsettelse, eksempelvis enhetsrater for noen innsatsfaktorer, som det kan tenkes å eksistere en «gjengs pris» for. Også når det gjelder visse typer kostnader kan det tenkes at de har et standardpreg. Lovbestemmelsene gir ikke noe klart svar på om «gjengs pris» på enkelte elementer i prisfastsettelsen kan legges til grunn ved fastleggelsen av det totale vederlaget. Ordlyden i bestemmelsene om «gjengs pris» kan etter min mening ikke være til hinder for at et for deler av et vederlag etableres en «gjengs pris,» mens andre deler av vederlaget må fastsettes etter den subsidiære prisfastsettelsesregel i kjl§45, første ledd, annet punktum.

Urimelighetsbegrensingen i kjl§45, første ledd, første punktum i.f. Kan etter min mening vanskelig være til hinder for at priselementer i den totale prisfastsettelse anses som «gjengse» i relasjon til kjl§45 og hvtl§32. Å legge til grunn eksempelvis en enhetspris for materialer eller bruk av utstyr som «gjengs» kan ikke i seg selv anses som urimelig.

Et neste spørsmål blir hva som ligger i den subsidiære prisfastsettelses i kjl§45, første ledd, første punktum. Her heter det at prisen skal settes til det som «er rimelig under omsyn til tingens art og godhet og tilhøva ellers.» Bestemmelsens uttrykk er generelt og vagt. En kan imidlertid tenke seg en del forhold som naturlig bør tillegges vekt i vurderingen etter bestemmelsen. Det kan dreie seg om kvaliteten på tingen, avtalt leveringssted, selgerens oppofrelser i form av kostnader o.l. Det kan reises spørsmål om hva som er forskjellen fra fastsettelsen av den «gjengse prisen.» I forarbeidene(21) til kjøpsloven er det særlig pekt på at det kan være rimelig å legge selgerens prislistene til grunn for prisen når slike er utarbeidet og den pris som fremgår av prislistene ikke er avtalt mellom partene. Dette er etter min mening ikke særlig praktisk for fabrikkasjonskontrakter.

Den subsidiære prisfastsettelsesregel i kjøpsloven gir etter min mening uttrykk for grunnlaget for prisen først og fremst må søkes i omstendigheter tilknyttet avtalen mellom

Note 21: jf. Ot prp nr. 80 86-87 s.99

partene. Dette innebærer at det som hovedregel vil være rimelig å gi selgeren rett til å få dekket sine kostnader ved å frembringe ytelsen. I tillegg vil det være rimelig at selgeren får rett til en viss fortjeneste. På denne bakgrunn vil et alternativ være å legge til grunn en regningsregel som subsidær prisfastsettelsesregel etter kjl§45 1.ledd, annet punktum. Det er vanskelig å se hvilke andre prisfastsettelsesalternativer som bedre kan gi uttrykk for der som er «rimelig under omsyn til tingens art og godhet og til tilhøva ellers.» Nedenfor under punkt 2.42 skal jeg redegjøre nærmere om regningsregelen, herunder mulige innvendinger mot å anvende regningsregelen på fabrikkkontrakter.

2.42 Regningsprinsippet

I entrepriserforhold både i og utenfor forbrukerforhold er hovedregelen at når prisen for oppdraget ikke er avtalt, skal det avregnes som regningsarbeid.⁽²²⁾ Dette innebærer at byggherren må betale for entreprenørens faktiske kostnader med et tillegg for «sedvanebestemt» salær (herunder påslag for indirekte kostnader, fortjeneste og et tillegg for «bransjemessig risiko.»)⁽²³⁾ I tillegg gjelder en «uforsvarlighetsbegrensning» for de kostnader entreprenøren kan belaste byggherren med.(se nærmere nedenfor)⁽²⁴⁾

Hva innebærer så regningsregelen? Som skissert ovenfor dannes vederlaget på bakgrunn av entreprenørens faktiske kostnader med å frembringe ytelsen. Det er de direkte kostnadene knyttet til vedkommende byggeoppdrag som er relevante ved fastsettelsen av vederlaget. Entreprenøren kan således belaste byggherren med alle kostnadene som de nødvendige innsatsfaktorer for å få utført oppdraget, fører med seg. Hvilke innsatsfaktorer det er tale om, vil måtte fremgå av en tolkning av avtalen mellom partene om hva som skal utføres. Dette tilknytningskriterium innebærer at byggherren bare skal belastes med kostnader som er kommet han til gode gjennom den ytelse han har mottatt ved entreprenørens oppdrag.

Note 22: jf. Sandvik Entreprenørrisikoen 1966 s.170, Krüger s-346-345 henviser til Sandvik, og bustadoppføringslovas§41, 2.ledd.

Note 23: jf. Sandvik s.170

Note 24: jf. Sandvik s.179

Et særlig problem knytter seg til kostnadsfordelingen i de tilfeller der entreprenøren utfører eller skal utføre flere oppdrag på samme tid eller det kan være maskiner og utstyr som kan brukes flere ganger. I de tilfeller kan det være innsatsfaktorer som entreprenøren, uten ekstra kostnad, kan benytte for andre eller senere oppdrag. Sandvik(25) skisserer her som mulig løsning at byggherren skal belastes utgiftene til innsatsfaktorene i det de anskaffes, for så å godskrive han den verdi slike innsatsfaktorer har når oppdraget er avsluttet. En slik tankegang forutsetter imidlertid at entreprenøren kan nyttiggjøre seg innsatsfaktorene ved senere oppdrag. Eksempelvis kan nevnes maskiner som entreprenøren må anskaffe for å utføre arbeidet under en kontrakt, men som også representerer en verdi for han hvis han kan anvende innsatsfaktorene i senere oppdrag.

Etter min mening er disse vilkår for oppgjør etter regning forenlige med kjøpslovens subsidiære prisfastsettelsesregel i kjl§45 første ledd, annet punktum. Leverandøren bør således etter en deklatorisk prisregel for fabrikasjonskontrakter ha rett til å belaste bestilleren med de kostnader han har hatt ved å utføre arbeidet under kontrakten, og som er kommet leverandøren til gode gjennom den ytelse han har mottatt. Det må etter min mening anses som en rimelig løsning også for de fabrikasjonskontrakter som faller utenfor kjøpsloven.

Selv om vederlaget etter en regningsregel fastsettes med utgangspunkt i leverandørens faktiske kostnader ved å oppfylle kontrakten, er det en grense for omfanget av de kostnader entreprenøren kan belaste byggherren med hvis (en del av) kostnadene springer ut av at byggeprosjektet har vært drevet på uforsvarlig vis.(26) Dette vil kunne være kostnader som følge av mangelfull planlegging, dårlig ledelse av arbeidet eller andre forhold knyttet til prosjektgjennomføringen. Sandvik hevder at vurderingen av om byggeprosjektet har vært drevet på uforsvarlig vis, dels vil kunne bero på regningens høyde sammenlignet med det arbeid som er utført.(27) Dels vil også et markert avvik fra byggherrens og entreprenørens overslag, kunne gi indikasjoner på at prosjektet har vært drevet uforsvarlig. Det vil således være naturlig at man i avtaleforhold av denne type først og fremst bygger sin uforsvarlighetsvurdering på forhold i avtaleforholdet

Note 25: jf. Sandvik s.176

Note 26: jf. Sandvik s.180-181

Note 27: jf. Sandvik s.181

mellom partene(28). Å hevde at et byggeprosjekt er drevet uforsvarlig krever imidlertid etter min mening at man har noe å sammenligne med, for å fastslå en «forsvarlighetsnorm.» Visse likhetstrekk kan det her hevdes å være med kjøpslovens «gjengse pris,» som også forutsetter at sammenligninger med tilsvarende ytelser er grunnlaget for prisfastsettelsen. Løsningen kan i en viss utstrekning likevel hevdes å bero på omfanget av de kostnader en «vanlig» entreprenør ville ha måttet belaste byggherren med for å utføre oppdraget, altså en sammenligning. En slik løsning vil også kunne hevdes å være rimelig, selv om det må være rom for nokså omfattende «slingringsmonn» for leverandøren. Et annet problem ved å legge en slik forsvarlighetsvurdering til grunn, er at man vil stå overfor vanskelige bevissspørsmål.

En særregel om overslag i hvtjl§32, annet ledd fastsetter at tjenesteyteren ikke med bindende virkning for oppdragsgiveren kan overstige sitt overslag over hva arbeidet vil koste med mer enn 15 prosent. Grensen er vel knyttet til forbrukerens forventning om hva ytelsen vil koste, basert på overslag som er gitt. Det kan således hevdes at ved et så stort avvik fra overslaget som 15 prosent er uforsvarlighetsnormen overskredet. Det samme gjelder etter §41 tredje ledd i bustadoppføringslova. Reglene må imidlertid etter min oppfatning sees på bakgrunn av både håndverkertjenesteloven og bustadoppføringslova er forbrukervernlover, og gir en liten veiledning utenfor sine områder.

Etter min oppfatning bør det også etter den subsidiære prisfastsettelsesregel i kjl§45, første ledd, annet punktum kunne oppstilles lignede begrensninger ved at man legger til grunn en forsvarlighetsbegrensning også for fabrikkasjonskontrakter som går under kjøpsloven. Likedan anser jeg en forsvarlighetsbegrensning for å være naturlig også for fabrikkasjonskontrakter utenfor kjøpsloven.

Når det gjelder påslagselementet i regningsregelen, oppstår spørsmålet om det rimelighetskrav kjl§45, første ledd, annet punktum oppstiller, tilstrekkelig varetas av et oppgjør etter regning. I bustadoppføringslova er kriteriet at «påslaget» må være «rimelig» uten at det fremgår hvilke elementer som kan inngå i et slikt «påslag.» At en

Note 28: Slik forstår jeg Sandvik på dette punkt

entreprenør skulle ha krav på å få dekket noe av hvert av de elementene Sandvik(29) lister opp, har jeg vanskelig for å se skulle være urimelig og således være i strid med kjl§45, første ledd, annet punktum. Det kan imidlertid tenkes at eksempelvis et påslag for «bransjemessig risiko» hevdes å være urimelig høyt. Den subsidiære prisfastsettelsesregel i kjl§45 innebærer at entreprenørens påslag må rimelighetsprøves. De momenter som skal tillegges vekt etter kjl§45, første ledd, annet punktum vil således være avgjørende. For fabrikkasjonskontrakter kan det tenkes at det er vanlig med visse risikotillegg og tillegg for generalkostnader eller lignede. Dette er forhold som kan være rimelig av hensyn til «avtalens art.» Men etter min oppfatning kan det også tenkes at det finnes et «gjengs» fortjenestepåslag. De kan eksempelvis finnes bransjefastsatte salærsatser. Etter min oppfatning vil det være fullt forenlig med kjl§45 og rimelig, å legge til grunn et slikt priselement ved fastsettelsen av det totale vederlaget etter bestemmelsen i første ledd, første og annet punktum.

Et fortjenesteelement kan tenkes å ha grunnlag i forhold som kan være vanskelig å kontrollere for byggherren. En byggherre som har igangsatt et prosjekt uten å avtale noe om fortjenesteelementene i prisfastsettelsen kan hevdes selv å ha tatt en risiko med hensyn til omfanget av det totale vederlag. Slike forhold må det etter min mening tas hensyn til ved rimelighetsvurderingen etter kjl§45. Det bør således være vanskelig å kunne gjøre gjeldende at et fortjenesteelement eller andre elementer i et påslag ikke er rimelig når prisen ikke er avtalt mellom to profesjonelle parter. I fabrikkasjonskontrakter som er inngått på grunnlag av NF 92 kan det imidlertid være rimelig å trekke en analogi til de tilfeller hvor et tilleggsvederlag skal fastsettes på grunnlag av det generelle prisnivået i kontrakten.(30) Det kan etter min mening være rimelig etter kjl§45 (31)å anvende samme fremgangsmåte ved vederlagsberegningen av det opprinnelige kontraktsarbeid. Dette gjelder særlig for fabrikkasjonskontrakter som faller utenfor kjøpsloven hvor man ellers måtte ha oppstilt en rimelighetsbegrensning på nokså fritt grunnlag. For fabrikkasjonskontrakter som faller inn under kjøpsloven, og således skal

Note 29: jf. Sandvik s.174

Note 31: jf. NF 92 art 13.2 litra e

Note 32: Dette gjelder uavhengig av i hvilken utstrekning NF 92 art 13.2 selv gir hjemmel for at den skal være utgangspunkt for prissettingen av arbeid under kontrakten

prissettes etter kjl§45, første ledd, annet punktum, har man et mer klarere holdepunkt. Men også for disse kontraktene kan det anses som rimelig å balansere prissettingen på det generelle prisnivået i kontrakten.

2.43 Konklusjon

På bakgrunn av det som er drøftet ovenfor, mener jeg at et oppgjør etter regning kan anses forenlig med kjl§45, første ledd, annet punktums prisfastsettelsesregel for de fabrikasjonskontrakter som faller innenfor kjøpsloven. Det er etter min mening det vederlagsberegningssprinsipp som best vil ta hensyn til begge parter interesser i situasjoner der de ikke har avtalt pris for hele eller deler av ytelsen. Dette mener jeg også kan legges til grunn i fabrikasjonskontrakter som faller utenfor kjøpsloven av de samme grunner som over. I tillegg kommer at det er enighet om at regningsregelen er deklarasjonsrett i entreprisforhold og blir lagt til grunn som en rimelig regel her. I forarbeidene til bustadoppføringslova(32) fremheves det at det i forbrukerentrepriser anses som rimelig å legge til grunn en regningsregel hvor prisen ikke er avtalt, se dens §41, annet ledd. Et viktig premiss for dette standpunkt er at det vil være vanskelig å finne en «gjengs pris» for disse ytelsene.(33) Når en regningsregel blir lagt til grunn som en rimelig regel i forbrukerentrepriserforhold hvor det individuelle særpreg også er fremtredende, må en slik regel kunne anvendes som subsidiær prisfastsettelsesregel etter kjøpsloven for fabrikasjonskontrakter.

Selv om fabrikasjonskontrakter kan hevdes å være rettslig og faktisk forskjellige fra entreprisekontrakter, anser jeg av hensyn som ivaretas av en regningsregel som likt i de to kontraktstyper. Etter dette vil regningsregelen være den deklarasjonsvederlagsberegningssprinsipp for fabrikasjonskontrakter.

Note 32: Lov av 13.juni 1997 nr.43 og NOU 1992:9 Forbrukerentrepriselov

Note 33: NOU 1992:9 s.90

3 Enkelte spørsmål basert på vederlagsklausuler

3.1. Utgangspunkter

Jeg går nå over til å behandle hvilken pris som er avtalt for ytelsene i den enkelte fabrikkkontrakt. I det følgende skal jeg redegjøre for noen generelle utgangspunkter for tolkningen av enhetsprisklausuler og forholdet mellom slike klausuler og NF 92, før jeg i kapitlene nedenfor skal ta for meg innholdet i de enkelte prisbestemmelser og klausuler.

Bakgrunnen for mine generelle synspunkter om tolkningen av enhetsprisbestemmelser er at NF 92 ikke har regler om den pris eller vederlagsberegningssmåte som [skal benyttes for de ulike innsatsfaktorer under kontrakten. Kontrakten er bygget opp slik at partene selv må fastsette prisregler og betalingsgrunnlag i vedleggende om prisbestemmelser. Gjennom å inngå en avtale om fabrikkasjon har både leverandøren og bestilleren fastlagt rammene for hva som skal utføres under kontrakten. I større eller mindre grad er det resultat som skal frembringes av leverandøren etter kontrakten, bindende avtalt selv om det gjenstår endel prosjektering. For partene vil det være av stor betydning hva som er avtalt om priser for de innsatsfaktorer som må brukes for å oppfylle kontrakten og å sikre sine interesser i så henseende.

Partene har en klar oppfordring til å sikre sine interesser gjennom avtale om pris eller prisberegning. Særlig gjelder dette hvilke innsatsfaktorer som er dekket av en enhetspris. I den sammenheng vil enhetsprisens språklige utforming være en viktig tolkningsfaktor som det er naturlig at det legges stor vekt på ved fastleggelsen av innholdet i og omfanget av en avtalt enhetspris. Underveis i kontraktperioden er det også ulike forhold som kan påvirke arbeidet på en slik måte at bestemmelsene om vederlag ikke lenger er rimelig. Denne usikkerheten kan avhjelpes med å avtale prisbestemmelser som gir krav på økt

eller redusert vederlag for nærmere angitte forhold. Disse hensyn må etter min mening få betydning for tolkningen av prisbestemmelser og ved vurderingen av om partene har krav på justering av vederlaget.

Partenes forutsetninger vil også kunne brukes som et tolkningsmoment ved fastleggelsen av hva de har ment med ord og uttrykk i prisbestemmelsene. Dette fordi de er individuelt forhandlet. Forutsetninger fremkommet ved enhetsprisens konkrete forhistorie og partenes særlige kunnskap vil således være relevante tolkningsmomenter ved fastleggelsen av hvilke innsatsfaktorer som inngår i enhetsprisen, for enhetsprisens anvendelsesområde og for den risikoregulering som klausulene benytter. Når forutsetningssynspunkter etter omstendighetene kan brukes som grunnlag for å fastlegge innholdet i en prisbestemmelse tilpasses partenes forutsetninger⁽³⁴⁾ innebærer dette at en tolkning av prisbestemmelsen kan gi grunnlag for å redusere eller øke vederlagsberegningen.⁽³⁵⁾ Disse spørsmål må følgelig behandles under NF 92s system. Forutsetningssynspunkter kan etter vanlige avtaleinngåelsesprinsipper også brukes som grunnlag for å vurdere om bindende prisbestemmelser er avtalt.⁽³⁶⁾ Spørsmålet om det foreligger en bindende eller ikke-bindende enhetspris må følgelig behandles utenfor NF 92s kompensasjonssystem.

Ekspertavgjørelsen avsagt med hjemmel i NF 92 artikkel 16, bygger avgjørelsene om krav om tilleggsbetaling på alminnelige tolkningsregler og avtaleinngåelsesprinsipper.⁽³⁷⁾ Mitt generelle inntrykk er imidlertid at visse momenter ved avtaletolkningen tillegges større vekt enn andre. Det mest i øyenfallende er at begge partene her er svært profesjonelle.

Note 34: jf. Woxholth s-432 og Barbo s.303-306 om forutsetninger for tolkningsmoment

Note 35: Se Rt.1991 s.220 hvor den ene part ble gitt medhold i krav om å redusere betalingen av strømleveranser fordi det var begge parter forutsetning at ingen skulle tjene eller tape på avtalen.

Note 36: jf. Woxholth s.97

Note 37: jf. eksempelvis Ekspertavgjørelsen av 11.oktober 1988 inntatt i Petrius 1995 s.83-90. På side 89 uttalte eksperten at leverandøren hadde påtatt seg å utføre nødvendig "engineering, procurement and installation." For dette var det avtalt en fastpris. Hvis ikke spesielt "installation-" arbeid skulle være omfattet av den faste pris måtte det finnes særlige holdepunkter i andre kontraktsbestemmelser for "innstallasjon" ikke var dekket av prisen.

Eksempelvis vil rimelighetsbetraktninger omkring hvem som er den "svake eller sterke part" ha mindre vekt ved tolkningen. Et inntrykk er også at de mulige usikkerhetsfaktorer og vanskeligheter som leverandøren kan møte under utførelsen av arbeidet, i stor utstrekning anses for å være hans egen risiko hvis han ikke har tatt uttrykkelig forbehold. Risikovurderinger av ulik art vil også kunne påvirke innholdet av kontraktens vederlagsbestemmelser. Videre er det grunn til å fremheve at prisbestemmelser må tolkes i forhold til hverandre utfra den sammenheng det er mellom de ulike bestemmelsene.(38) Ved en redegjørelse om enhetspriser som blir brukt i fabrikasjonskontrakter, bør også forholdet til NF 92 behandles. Selv om NF 92 ikke har bestemmelser som direkte regulerer innholdet i den enkelte enhetspris, vil vederlagsbestemmelsene påvirkes av reglene om tilleggsvederlag. Et krav om justering kontraktens vederlagsbestemmelser eller beregningen av vederlaget må ha et rettslig grunnlag. Det rettslige grunnlaget for justering av vederlaget må i NF 92 først og fremst bygge på at det foreligger forhold som gir leverandøren krav på endringsordre etter blant annet artikkel 12 flg. Imidlertid kan også forutsetningene for oppfyllelsen av kontraktspliktene ha blitt endret. Det tales om "endrede forhold" som karakteristikk på de mulige grunnlag for omlegging av partenes kontraktsplikter.(39). Hvis så er tilfelle oppstår spørsmålet om en eventuell justering av kontraktens vederlagsbestemmelser gjennom tilkjennelse av tilleggsvederlag.

I noen tilfeller løser NF 92 spørsmålet ettertrykkelig. I andre situasjoner må dette løses på mer fritt grunnlag utfra en plassering av risikoen for de "endrede forhold." Risikoen kan være plassert gjennom ulike bestemmelser i kontrakten som regulerer risikoen for ulike forhold som kan inntre under kontraktarbeidets gang. Felles for de overnevnte forhold er at NF92 gir hjemmelen for justering av vederlaget. Etter min oppfatning danner endringsordresystemet en viktig bakgrunn for en del av kontraktspraksisen omkring klausuler om vederlagsberegning.

Klausuler av ulikt slag og innhold kan imidlertid utenfor NF 92s system gi grunnlag for vederlagsjustering. Gjennom å innta klausuler eller forbehold kan avtalens vederlagsbestemmelser gi uttrykk for en vederlagsberegning som nettopp tar høyde for

Note 38: Woxholth omtaler dette som "systeminnrettet tolkning." Se side 420. Dette synspunkt har etter min mening stor vekt ved tolkningen av fabrikasjonskontrakter.

Note 39: jf. Barbo s.288 flg.

usikkerhetsfaktorer som bør føre til økt eller redusert vederlag uten å gå veien om NF 92s system for justering av vederlaget. Slike klausuler kan direkte angå selve beregningen av vederlaget ved å modifisere den risiko som ligger i et bestemt vederlagsprinsipp. Dette kan gjøres ved direkte "innhugg" i den aktuelle risiko eller ved å "fordele" risikoen ved å avtale ulike vederlagsberegningsprinsipper for de innsatsfaktorer som inngår i enheten. Klausuler kan også være brukt for å utfylle NF 92s regler om forhold som kan påvirke vederlagets størrelse.

Når partene inngår en fabrikkasjonskontrakt, oppgis gjerne en kontraktssum som vederlag for det arbeidet som leverandøren skal utføre under kontrakten. Nedenfor skal jeg se på om denne kontraktssum inneholder elementer som er av rettslig betydning for vederlagsberegningen.

3.2 Overslag og "provisional sums"

I entreprisekontrakter vil det ofte bli gitt en "løselig forhåndsangivelse av hva arbeidet totalt vil koste," så vel i forbrukerentrepriser som i vanlige entrepriser.⁽⁴⁰⁾ Dette blir gjerne omtalt som et såkalt overslag. Dette er også tilfelle for fabrikkasjonskontrakter hvor kontraktssummen er oppgitt i anbudsrunden. Ofte blir denne angivelsen betegnet som "provisional sums"⁽⁴¹⁾ For enhetspriser er dette særlig aktuelt i forhold til hvor mange enheter som partene antar vil måtte brukes for å oppfylle kontrakten. Dette blir i entrepriseforholdt kalt "masseoverslag." Det kan spørres om et slikt overslag kan innebære en bindende mengdeangivelse med virkning for prisen i visse tilfeller. Ved denne vurdering er det grunn til å understreke at enhetsprisene er bindende fastsatt ved inngivelsen av overslaget. De innsatsfaktorer som inngår i den enkelte enhetspris har ikke noe foreløpig preg, og er ment som selve grunnlaget for den senere vederlagsberegning. For spørsmålet om den mengdeangivelse av overslaget bygger på må imidlertid utgangspunktet være at allerede uttrykket "overslag" taler mot det som skulle innebære en bindende prisfastsettelse. Det samme må gjelde for "provisional sums" i fabrikkasjonskontrakter. Av betydning for vurderingen må være hvilket grunnlag et slikt overslag bygger på. Hvis avtalen er inngått uten at det foreligger noen detaljert

Note 40: jf. Woxholth, Håndverkertjenester 1996 s.59 og Sandvik Entreprenørrisikoen 1966 s.171

Note 41: Med provisional sums" menes et foreløpig anslag over hva arbeidet vil koste

beskrivelse av det arbeid som skal utføres, taler det mot at overslaget kan anses som bindende. Det samme gjelder hvis overslaget er gitt muntlig.⁽⁴²⁾ Imidlertid kan et overslag tenkes å ha enkelte rettsvirkninger selv om det ikke kan anses som en bindende prisangivelse. Et overslag gir oppdragsgiveren en viss pekepinn på om hvor mye oppdraget vil koste han eller hvor mange enheter som vil medgå i arbeidet. Det er ikke urimelig at han i en viss grad innretter seg i tillit til overslaget. Dette er imidlertid et hensyn som kan slå begge veier. Det kan hevdes at oppdragsgiveren tar en risiko ved å igangsette arbeidet når han ikke har noe mer håndfast enn et overslag å forholde seg til. Sandvik hevder at entreprenøren må tåle fradrag i sin regning hvis han uaktsomt har gitt et for lavt overslag⁽⁴³⁾. Etter min mening vil det være vanskelig å avgjøre hvem av partene som har vært uaktsom i slike tilfeller, særlig i forholdet mellom profesjonelle parter. En bevisst utnyttelse av en annens uvitenhet vil normalt rammes av ugyldighetsregler. En annen sak er at det i kontraktsforhold av denne type utfra lojalitetsbetraktninger i visse tilfeller innfortolkes et samtykkekrav hvis entreprenøren skal kunne belaste oppdragsgiveren med kostnader som går ut over overslaget.⁽⁴⁴⁾ Dette synspunktet har særlig vekt hvor arbeidsomfanget ikke er fastsatt på forhånd og hvor arbeidet utføres etter regning. Da vil et overslag lett bli forstått som et overslag på hvor mye arbeid som skal utføres. Entreprenøren vil uten et slikt samtykkekrav i disse tilfellene kunne få herredømme både over hva som skal utføres og kostnadsdekningen. For enhetspriser vil etter min mening et slikt synspunkt ha mindre vekt. Dette fordi kostnadene ved innsatsfaktorer som inngår i enheten er bindende fastsatt på forhånd, og fordi bestilleren i fabrikkasjonskontrakter til enhver tid har herredømme over arbeidsomfanget gjennom reglene om endringer. I fabrikkasjonskontrakter er det ofte inntatt bestemmelser om at angivelsen av det totale kontraktsvederlaget bygger på "provisional sums." Med dette understrekes at mengdeangivelsene er forløpige. Utfra de krav til partene som NF 92 stiller med hensyn til misligholdssanksjoner skal stå i et visst forhold til leverandørens vederlagskrav,⁽⁴⁵⁾ er det grunnlag for å hevde at størrelsen på det vederlag som angis som "provisional sum" i første rekke er av teknisk art.

Note 42: jf. Sandvik s.171

Note 43: jf. Sandvik s.183

Note 44: jf. Sandvik s.184

Note 45: jf. NF92, artikkel 24.2, 25.4 og 26.3. Den pris som oppgis i anbudsrunden har også innflytelse på størrelsen av den bankgaranti som leverandøren må stille, jf. artikkel 21.1

Etter dette er det grunnlag for å hevde at "provisional sums" i liten eller ingen grad styrer hva det endelige vederlaget under kontrakten skal bli. For enhetsprisers vedkommende vil imidlertid prisen per enhet ligge fast. Men den mengde enheter som kreves for å oppfylle kontrakten kan som utgangspunkt variere uhindret av den kontraktspris som er oppgitt ved inngåelsen av kontrakten.

3.3. Enhetsprisbestemmelser. Anvendelighet

Det som skal behandles i dette kapittelet er forholdet mellom de innsatsfaktorer som dekkes av en enhetsprisbestemmelse og det resultat leverandøren er forpliktet til å frembringe etter kontrakten. I den sammenheng vil særlig spørsmålet om hvilke innsatsfaktorer en enhetsprisbestemmelse omfatter, stå sentralt. Det vil bero på en tolkning av vedkommende enhetsprisbestemmelse. Ved denne tolkningen kan det også være grunn til å se bestemmelsene i kontraktens prisformat i sammenheng med hverandre. Forholdet til bestemmelser om leverandørenes plikter i kontraktens arbeidsbeskrivelse, tegninger og spesifikasjoner vil danne et viktig utgangspunkt for tolkningen av prisbestemmelsene. Denne fastleggelsen av kontraktspliktenes omfang vil også være avgjørende for om det foreligger en endring etter NF 92s bestemmelser som gir leverandøren krav på tilleggsvederlag. Hvis ikke kontraktspliktene er endret vil leverandørens kontraktsplikter kun være presisert innenfor rammene av kontraktens enhetspriser.

Det problem som i praksis kan oppstå er at bestilleren hevder at alle nødvendige innsatsfaktorer som kreves for å oppnå et kontraktsmessig resultat er dekket av enhetsprisen. Leverandøren er forutsetningsvis uenig i dette.

For spørsmålet om hva en pris omfatter har det i ekspertavgjørelsene(46) etter det foreløpige tvisteløsningssystemet i NF 92, vært lagt stor vekt på hva oppdragsgiveren har påtatt seg å utføre av arbeide, med andre ord hvilket resultat han er forpliktet til å frembringe. Det arbeid som faller innenfor leverandørens plikter etter kontrakten, er det en naturlig presumsjon for at er dekket av kontraktens prisbestemmelser, og at prisene dekker de nødvendige innsatsfaktorer. I en ekspertavgjørelse uttalte eksperten at når arbeidet etter en naturlig tolkning dekkes av arbeidsbeskrivelsen, er det innenfor kontraktsprisen. Dette gjaldt "anskaffelse av materialer"(procurement) som leverandøren hadde påtatt seg å utføre. Hvis han var av en annen oppfatning burde han tatt forbehold.(47) Vanlige tolkningsmomenter som rimelighetsbetraktninger, den ene parts innsikt, partenes forutsetninger(48) tillegges etter min mening liten vekt på disse avgjørelsene. På en annen side tillegges den alminnelige uklarhetsregel ved avtaletolkning stor vekt ved tolkningen prisbestemmelsene i fabrikkasjonskontrakter. Enhetsprisbestemmelsen vil på den måten i tvilstilfeller bli tolket til ugunst for leverandøren hvis han burde ha uttalt seg tydeligere med hensyn til hvilke innsatsfaktorer som var omfattet av prisbestemmelsen. Med andre ord er det en presumsjon for at den pris som er oppgitt dekker alle nødvendige innsatsfaktorer som kreves for å frembringe et kontraktsmessig ytelse. Hvis enhetsprisene er utarbeidet av bestilleren, vil leverandørens unnlattelse av å ta ettertrykkelig forbehold om hvilke innsatsfaktorer som er dekket, trekke i samme retning.

På denne bakgrunn kan det etter min oppfatning oppstilles som et rimelig og hensiktsmessig utgangspunkt at leverandørens enhetsrate dekker alt arbeid som er nødvendig for å frembringe et kontraktsmessig resultat. Det vil si at en enhetspris som utgangspunkt er "all inclusive" de nødvendige innsatsfaktorer som arbeidet med å frembringe resultatet krever. Imidlertid har fabrikkasjonskontrakter vanligvis omfattende reguleringer av hvilke innsatsfaktorer som inngår i den enkelte rate. Dette kan gjøres ved henvisninger til andre bestemmelser eller ved egne klausuler. Selve kontraktens

Note 46: jf. Ekspertavgjørelsen av 11.oktober 1988 s.83-90, inntatt i Petrius 1995 og Ekspertavgjørelsene av 30.november 1988 s. 47-55, og av 24.september 1990 s.57-65, begge unntatt i Petrius 1996. Selv om disse avgjørelsene dreide seg om fastpriselementer, vil vurderingene etter min mening bli lik fir enhetspriselementer

Note 47: Ekspertavgjørelse 30.november 1988, Petrius 1996 s.47-55, særlig side 54

Note 48: jf. Woxholth Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning, Se om partenes forutsetninger på side 423 flg

oppbygning av prissystemene kan også gi svar på hvilke innsatsfaktorer som omfattes av en enhetspris.

En vanlig kontraktsteknikk i disse tilfellene er å gjøre henvisning til fabrikkasjonskontraktens arbeidsbeskrivelse fra prisbestemmelsen. Typisk gjøres dette ved en klausul som sier at "the unit rate shall apply for the work as described in scope of work." Hvilke innsatsfaktorer som inngår i enheten vil da fremgå av en tolkning av arbeidsbeskrivelsen. På bakgrunn av det som er sagt innledningsvis vil således alt nødvendig arbeid for å oppfylle kontraktspliktene være dekket i raten. Det må imidlertid understrekes at rekke innsatsfaktorer kan være uttrykkelig unntatt fra enhetsprisen. Eksempelvis kan nevnes en bestemmelse som sier at enhetsprisen "includes for direct labour costs, consumables and equipment. No indirect labour or engineering cost is included." Her unntas blant annet uttrykkelig indirekte- og prosjekteringskostnader fra det arbeid som er dekket av raten.

Også uten uttrykkelig regulering av hvilke innsatsfaktorer som inngår i en enhetspris kan sammenhengen med prisformatet under kontrakten gi holdepunkter for hvilke innsatsfaktorer som inngår i enhetsprisen. Hvis en bestemt innsatsfaktor omfattes av en fastsumbestemmelse eller skal gjøres opp etter regning, vil det være en naturlig forståelse av det totale prisformatet i sammenheng, at innstasfaktorer som går inn under disse bestemmelser ikke omfattes av enhetsprisen. Eksempelvis kan nevnes en bestemmelse som angir en enhetspris per kvadratmeter sandblåst stål. På bakgrunn av det som er sagt ovenfor vil det være en naturlig presumsjon at denne raten også omfatter de nødvendige stillaser for utføring av arbeidet. Hvis det imidlertid finnes en bestemmelse om at stillaser skal gjøres opp etter regning eller etter timerater, vil den naturlige forståelsen av sammenhengen i prisformatet være at stillaskostnader ikke inngår i enhetsprisen for sandblåsing.

I fabrikkasjonskontrakter er det et fremtredende trekk at avtale om fabrikkasjonsoppdrag ofte inngås før alle krav til ytelsen spesifisert og bestilleren heller ikke har oversikt over de krav han til syvende og sist ville stille til ytelsen.

Som en følge av den etterfølgende prosjektering som vanligvis finner sted etter avtaleinngåelsen vil det kunne oppstå tvister med betydning for kontraktens

vederlagsbestemmelser. Det vil kunne oppstå uenighet om arbeidsbeskrivelsen er presisert eller om den er endret slik at der oppstår krav om tilleggsvederlag. Dette må løses av vanlige tolkningsregler.

I den rett ovenfor omtalte ekspertavgjørelse var det også en tvist om leverandøren hadde adgang til å revidere prisen på grunnlag av at den ikke dekket visse arbeidsoperasjoner. Eksperten uttalte at "prosjekteringen" (engineering) hadde leverandøren et bra nok grunnlag for hva prisene omfattet da enhetsprisene ble avtalt. På den måte var det naturlig å anse risikoen for at prisene dekket de nødvendige innsatsfaktorer som liggende hos leverandøren, selv om kontraktspliktene ikke var utpenslet i detalj. Særlig bør dette kunne gjelde hvor enhetsprisene er gitt i tillit til en "uferdig" og "vag" arbeidsbeskrivelse. Her er det etter min mening naturlig å si at ved å gi enhetsprisene har leverandøren tatt en risiko, og han bør ikke høres med at arbeidet under arbeidsbeskrivelsen ikke er tilstrekkelig prissatt slik at de ikke tar høyde for en etterfølgende "utfylling." Leverandøren vil her ha en klar oppfordring til å legge inn marginer i enhetsprisene sine for å dekke denne usikkerhet.(49) Hvor langt man skal trekke dette synspunktet, kan det være delte meninger om. Det avgjørende må uansett være grensen mot "endringer" under kontrakten som gir leverandøren krav på tilleggsvederlag.

Det kan i den sammenheng vises til at leverandøren noen ganger tar forbehold om å få gi enhetspriser på et senere tidspunkt, når arbeidsbeskrivelsen er tilstrekkelig klar og presis. I praksis kan dette gjøres ved å innta såkalte TBA-klausuler(50) eller lignende. Men heller ikke i slike tilfeller kan leverandøren stå helt fritt med hensyn til hvilke priser som senere kan "kreves" avtalt. Etter min mening kan NF 92s bestemmelser tilsi at bestilleren har krav på at prisene blir lagt på samme nivå som det generelle kontraktsnivået utfra en betraktning om at ved å inngå en kontrakt på NF 92-vilkår er avtalefriheten bundet opp gjennom de allerede bindende prisbestemmelser. Det er

Note 49: Jf. eksempelvis Ekspertavgjørelsen av 19.februar 1990 s.91-103, særlig s.95, inntatt i Petrius 1995. Her anså eksperten at en klausul om at "these rates and prices are deemed to have adequately anticipated the general increase in complexity....resulting from such ingoing engineering activities," måtte tillegges vekt

Note 50: TBA-klausuler er en forkortelse for "to be agreed-" klausuler.

imidlertid et nokså vagt synspunkt, men innebærer ikke noe annet enn de tilfeller hvor det ikke eksisterer noen endringsrate for endringsarbeid. Enhetsprisene baseres også i slike tilfeller i større eller mindre grad på prissettingen av annet kontraktsarbeid, se artikkel 13.2, litra a-e. Hvis partene ikke skulle bli enige om hvilken enhetspris som skal gjelde, kan det etter omstendighetene være rimelig at kontrakten utfylles med den deklarasjoniske prisregel.

3.4 NF92s bruk av enhetspriser

Selv om de innsatsfaktorer som en enhetspris dekker er fastlagt ved en tolkning av kontraktens krav til det arbeid som skal presteres, vil en enhetspris kunne ha rettslig betydning i forhold til prissettingen av annet arbeid under en fabrikkkontrakt. I NF 92 artikkel 13.2, litra b, c og d tillegges enhetspriser betydning utover sitt egentlige anvendelsesområde.

I NF92 artikkel 13.2 er det regler om anvendelse av enhetsrater utenfor deres egentlige anvendelsesområde. Kriteriene i bestemmelsen er at ratene er av "samme type," at de gjelder "sammenlignbart arbeide" og i tillegg knyttes til anvendelsen til om "forholdene ved utførelse er betydelig forskjellige fra de som gjelder ved arbeidet" Dette henger sammen med hvilke innsatsfaktorer som inngår i enhetsprisbestemmelsene. Avhengig av i hvilken grad enhetsraten anvendelighet vil den således påvirke prissettingen av et endringsarbeide.

Utgangspunktet i NF 92 artikkel 13.2, litra a at prissettingen for endringsarbeid først og fremst skal bygge på særskilte endringsrater. Imidlertid gir kontrakten hjemmel for å anvende rater utarbeidet for det opprinnelige kontraktsarbeidet som grunnlag eller utgangspunkt for prissettingen av endringsarbeid. Et særlig problem blir da i hvilke situasjoner enhetsprisene kan anvendes for dette formål. De kriterier som angis i artikkel 13.2 litra b, c og d, gir etter min mening uttrykk for at spørsmålet om de kan anvendes beror på enhetsprisens eget innhold.

Kontrakten kan selv klargjøre anvendelsesområdet ved å klausulere løsninger av typen "the unit rates shall not apply for other work than explicitly specified in the SOW" (arbeidsbeskrivelsen). Den naturlige forståelsen av et slikt uttrykk er at enhetsprisene gjelder i forhold til det aktuelle kontraktsarbeidet som er prissatt ved avtaleinngåelsen. På den måte avskjæres etter min mening mulighetene til å anvende enhetsprisen som grunnlag for prissetting av annet arbeid. På bakgrunn av NF 92s bestemmelser om bruk av enhetspriser for prissettingen av endringsarbeid kan det etter dette være et naturlig utgangspunkt at hvis enhetsprisen ikke skal kunne anvendes ved en slik prissetting, må det komme klart til uttrykk i kontrakten.

Utenfor uttrykkelig klausulerte tilfeller hvor muligheten til å anvende enhetsprisen som utgangspunkt for prissetting av annet arbeid er avskåret, kan det spørres om hva som ligger i NF 92s krav om at arbeidet må være av "samme type" eller at det dreier seg om "arbeid som er sammenlignbart" jf. litra b, c og d.

Kriteriet "samme type" tilsier at enhetsprisene må omfatte de samme innsatsfaktorer som for det opprinnelige arbeidet. Kaasen hevder at forskjellen kun kan bestå i at arbeidet utføres i henhold til en endringsordre, og ikke som følge av en opprinnelig kontraktsplikt. Dette er jeg enig i. Tolkningsspørsmålet må således løses på samme måte som for enhetspriser gitt for det opprinnelige arbeid(se ovenfor). Et tilleggsvilkår i artikkel 13.2 litra b, er at "forholdene ved utførelsen av endringsarbeidet ikke må være betydelig forskjellig fra de som gjelder for tilsvarende arbeid under kontrakten." Med dette understrekes at det kan foreligge konkrete omstendigheter som gjør at prissettingen av endringsarbeidene ikke kan baseres på enhetsprisen utfra partenes forutsetninger. Typisk vil det være forhold som har direkte eller indirekte innvirkning på kostnadsdekningen under den opprinnelige enhetspris anvendt på endringsarbeidet(51). Ellers gir litra d eksempler på forhold som kan medføre at kostnadsdekningen under den opprinnelige enhetspris blir utilstrekkelig som også i noen utstrekning må ha relevans for litra b. Hvis vilkårene etter artikkel 13.2, litra b, foreligger vil den rettslige betydningen av enhetspriser for det opprinnelige arbeid under kontrakten være at disse "skal anvendes" ved prissettingen av endringsarbeidet.

Hvis bestilleren pålegger endringer som dreier seg om "sammenlignbart" arbeid i forhold til det opprinnelige kontraktsarbeid styrer også enhetsprisene i en viss grad prissettingen av endringsarbeidet. Sammenlignbart betyr etter min mening at det må dreie seg om arbeider av samme art. Eksempelvis kan rater for installasjon av elektriske ledninger av en viss kvalitet danne utgangspunktet for prissettingen av installasjon av elektriske ledninger av en annen kvalitet. På den annen side bør ikke enhetspriser for sveiserarbeid kunne danne utgangspunkt for prisingen av malingsarbeid. Foreligger det et "sammenlignbart arbeid" skal de ratene som utarbeides etter litra c "reflektere det generelle prisnivå" som kommer til uttrykk i enhetsprisen for det opprinnelige arbeid. Den ledetråd enhetsprisene gir for prisingen av annet arbeid enn de var ment for, er nokså vag. Men etter min oppfatning gir den uttrykk for at prisnivået for de opprinnelige arbeider skal opprettholdes for endringsarbeider. Det er imidlertid et vilkår for anvendelse av litra c, at forholdene ikke er betydelig forskjellige fra det som gjaldt under utføringen av det opprinnelige arbeidet. Det understrekes således at en viss økonomisk ulempe må leverandøren tåle utfra de forutsetninger han la til grunn for anvendelsen av enhetsprisen, ved at enhetsprisene for det opprinnelige arbeidet anses for å gi uttrykk for det "generelle prisnivå" i de opprinnelige enhetspriser.

I litra d i artikkel 13.2 skal ratene for arbeid av "samme type" eller for "sammenlignbart arbeid" anvendes som utgangspunkt for prisfastsettelsen av endringsarbeidene hvis forholdene ved utførelsen av endringsarbeidene er betydelig forskjellige fra de som gjelder ved utføringen av det opprinnelige arbeid. Det presiseres i bestemmelsen at enhetsprisen skal "justeres for de endrede forutsetninger for deres anvendelse." Typisk vil dette gjøres ved et tillegg i prisen ved anvendelsen av enhetsprisen på endringsarbeidet. Artikkel 13.2 litra d, gir i annet ledd eksempler på forhold som kan påvirke forutsetningene for anvendelsen av enhetsprisen. Hvilke kostnadsrelevante forutsetninger enhetsprisen hviler på, må fastlegges gjennom en tolkning av vedkommende enhetsprisbestemmelse. I denne vurdering blir det således rom for å ta hensyn til "prosjektspesifikke" partsforutsetninger og den enkelte enhetspris konkrete forhistorie, ved tolkningen. Listen i litra d, er ikke uttømmende, men oppstiller et krav om at forutsetningene for anvendelsen av raten som utgangspunkt for prissettingen må være "betydelig forskjellig." Etter min mening bør også vurderingen av hva som er en "betydelig forskjell" bero på enhetsprisbestemmelsen eget innhold og de forutsetninger den bygger på.

De forutsetninger leverandøren har med hensyn til hvilke kostnader enhetsprisene skal dekke, brukt som tolkningsmoment, kunne ledet til det tolkningsresultat at enhetsprisene ikke kunne brukes hverken som grunnlag eller som utgangspunkt for prissettingen av endringsarbeid. Det oppstår da spørsmål om artikkel 13.2 litra d, tar høyde for en slik tolkning gjennom sin justering av enhetsprisen, eller om prisingen må skje ved ny avtale eller etter deklatoriske regler. Utgangspunktet bør etter min mening være at partenes forutsetninger med hensyn til om en enhetsprisbestemmelse kan anvendes ved prissettingen av annet arbeid, må komme klart frem gjennom en uttrykkelig klausul hvis de skal forstås på en annen måte enn NF 92 legger opp til.

I en Høyesterettsdom i entrepriseforhold ble et spørsmål om betydningen av en enhetsprisbestemmelse utover sitt eget direkte anvendelsesområde behandlet. De synspunkter som der kom til uttrykk, mener jeg kan ha interesse for fabrikkasjonskontrakter.

I Salhus-bro dommen⁽⁵²⁾ dreide det ene tvistepunktet seg om tilleggsarbeidet skulle utføres i henhold til de opprinnelige enhetspriser med et tillegg, eller om entreprenøren hadde krav på at arbeidet skulle utføres etter regning. Dette var avhengig av om "endringene var av en slik art, av et slikt omfang eller av et slikt antall eller fastsatt på et slikt tidspunkt at forutsetningene for kalkulasjonen fortrykkes." I så fall skulle enhetsprisene anvendes som grunnlag for prissettingen av det nye arbeidet med et tillegg. Hvis enhetsprisene ikke kunne brukes som utgangspunkt for vederlagsberegningen, skulle arbeidet gjøres opp etter regning. Høyesterett avgjorde saken etter en tolkning av den aktuelle bestemmelse i sammenheng med arbeidsbeskrivelsen og vedlegg til denne.

Bakgrunnen for at tvisten oppsto var at byggherrene forandret innfestningen av flytebroens moduler til pongtongene etter at arbeidet var bindende prissatt. Entreprenøren hevdet at det endrede pongtongfestet innebar en helt annen løsning teknisk sett en den enhetsprisene var gitt i tillit til. Dette begrunnet han med at kontraktens enhetspris i henhold til kontrakten var et gjennomsnitt for alt stålarbeidet så langt det fremgår av

Note 52: Rt.1999 s.922

tegningene. Dette innebættet de opprinnelige pongtongarbeider også hvor disse lå over gjennomsnittet i kompleksitet. Men enhetsprisen var etter entreprenørens oppfatning altfor grov til å anvendes på de nye arbeidene. Entreprenøren mente således at det ikke forelå noen enhetspris for disse arbeider.

Entreprenøren erkjente således at han hadde risikoen for at enhetsratene dekker hans kostnader og marginer til fortjeneste for annet påslag, hvor han skal utføre arbeid som dekkes av enhetsprisens "kompleksitetsgrense" sett i forhold til det opprinnelige kontraktsarbeidet.

Høyesterett kom til enhetsprisen skulle anvendes som et tillegg. De begrunnet løsningen med at de nye arbeidene var av samme art som de opprinnelige arbeider. Høyesterett mente at de enhetspriser som var angitt i "beskrivelsen og mengdefortegnelsen" under kontrakten ikke knyttet seg til de enkeltkonstruksjoner entreprenøren skulle utføre etter de opprinnelige kontraktsregningene, men til stålarbeider av en viss art. Etter min mening vil denne vurdering av NF 92 falle likt ut etter artikkel 13.2 litra d. Høyesterett mente videre at i og med at det i kontrakten var tatt høyde for økt kompleksitet for prissettingen av endringsarbeidet gjennom bestemmelsen om et tillegg til de opprinnelige enhetsprisene, måtte det nye sveisearbeidet prissettes etter de opprinnelige enhetspriser med tillegg etter kontraktens artikkel 11 b. Dette er en løsning som er i tråd med NF 92s artikkel 13.2 litra d, hvor ratene justeres for å kompensere for de endrede forutsetninger for deres anvendelse. Kontraktens enhetspriser for det opprinnelige arbeidet dannes såles et utgangspunkt for prisfastsettelsen av endringsarbeidet. På denne måten er den rettslige betydning av en enhetsrate ikke begrenset til å gi grunnlag for prisen for de innsatsfaktorer som den dekker etter en naturlig tolkning. Dette er forhold som må tas i betraktning når leverandøren utarbeider sine rater.

Slik jeg forstår høyesteretts resonnement ble kompleksitetsøkningen ivaretatt gjennom en forhåndsvalgt beregningsmåte for vederlaget om at arbeidet skulle prises ved enhetsrater med et tillegg. Størrelsen på vedlegget ville følgelig variere med kompleksitetsøkningen.

Etter min mening innebærer Høyesteretts tolkning at anvendelsesområdet for en enhetspris som utgangspunkt for prissettingen av endringsarbeide er vidt. Dette innebærer en usikkerhet for leverandøren når han skal prissette et arbeid. Det syntes som om Høyesterett mener at vederlagsberegningsregelen i entreprisekontraktens §11b tar høyde for enhver kompleksitetsøkning for det arbeid de var gitt i tillit til. Dette er etter min mening vanskelig å avgjøre uten å gå inn på den enkelte enhetsrate og se nærmere på hvordan kostnadsdekningen er under denne. Selv om det i kontrakten stod at økning i kompleksitet kompenseres ved et tillegg, bør det trekkes en grense til der hvor arbeidet blir såpass komplekst at enhetsprisene ikke passer som grunnlag for prissettingen av arbeidet. For fabrikkasjonskontraktens vedkommende bør det trekkes en grense mot de tilfeller hvor de endrede forutsetninger for enhetsprisens anvendelse er så vidt omfattende utfra hva partene kunne ha innsett på avtaleinngåelsestidspunktet, at de ikke passer som utgangspunkt for vederlagsberegningen av endringsarbeid etter artikkel 13.2 litra d.

En mulig årsak til Høyesteretts løsning kan være et behov for å skjære "igjennom." Leverandøren kan også ha unnlatt å presisere hvor grensen for når enhetsprisene kunne anvendes som grunnlag for prissettingen gikk gjennom en uttrykkelig klausul. Således tolket Høyesterett kontraktens prisbestemmelser dit hen at det var tatt høyde for enhver kompleksitetsløsning i stålarbeidet så lenge det var av same art som det opprinnelige.

3.5 Anvendelse av timerater

Ved å avtale timerater har partene ved avtaleinngåelsen blitt enige om gjennomsnittskostnadene per time for bestemte innsatsfaktorer. I fabrikkasjonskontrakter anvendes timerater først og fremst i de tilfeller der kostnadene ved innsatsfaktorene er tidsbudne.⁽⁵³⁾ Leverandøren har også ved bruk av timerater som utgangspunkt risikoen

Note 53: jf. Sandvik s.166 for entreprisekontrakter.

for at kostnadene ved innsatsfaktoren dekkes av raten. Typisk for "man hour"(54) rater er det imidlertid ulike forhold som kan påvirke leverandørens kostnader, forutsetningsvis uten at det foreligger forhold som gir krav på endringsordre etter NF 92s bestemmelser. Eksempelvis kan nevnes tariffoppgjør og overtidsarbeid, som i forhold som kan gjøre det dyrere for leverandøren å oppfylle kontrakten. Det kan vise seg behov for at leverandøren må leie inn mannskap for å utføre kontraktsarbeidet i henhold til kontraktens krav. Hvis disse koster mer enn den avtalte timerate i forholdet til bestilleren, vil leverandøren kunne gå med tap. Dette er etter en naturlig fordelingen av risikoen som utgangspunkt leverandørens problem. Han vil ha en klar oppfordring til å ta forbehold om dekning av slike kostnader hvis han skal kunne velte risikoen for slike over på bestilleren. Dette kan leverandøren praktisk gjøre ved å ta uttrykkelig forbehold om at hans mannskapskapasitet for vedkommende oppdrag danner rammen for timeratene. Ved mannskapsbehov utover dette kan han kreve at det inntas en klausul om at dette dekkes utfra leverandørens faktiske kostnader, typisk etter en regningsregel.

Det er også vanlig å ta forbehold for kostnadsdekning ved overtidsarbeide. Dette kan gjøres ved å fastsette en prosentsats som skal betales i tillegg til den normale rate for eksempelvis "man hour-" rater. Dette betegnes gjerne som en "uplift-overtime" klausul. Disse kan være forskjellige for andre og tredje arbeidsskift. For alminnelig prisstigning er det mindre vanlig å ta forbehold om en viss kostnadsdekning for leverandøren. Noe av grunnen er at dette er forhold som partene kan ha noenlunde oversikt over ved avtaleinngåelsen og således kan "legge inn" i ratene.

Det kan spørres om en økning i bruken av innsatsfaktorene under en timerate kan medføre at kostnadsberegningen svikter på en slik måte at det må gi rett til å justere ratene. Utgangspunktet må være at selv om bestilleren har risiko for hvor mange enheter som blir anvendt for å oppfylle kontrakten, har leverandøren på samme måte risikoen for at ratene dekker alle kostnader ved ytelsen under timeratene, uavhengig av volumet. Dette forutsetter imidlertid at volumøkningen ikke innebærer at arbeidsbeskrivelsen må sies å være endret. Hvis så er tilfelle, vil reglene om endringer i

Note 54: Med dette mener jeg menneskelig arbeidskraft, typisk timeprisen for ingeniører, formenn eller vanlige arbeidere

NF 92 regulere hvilke vederlagsmessige konsekvenser volumøkningen får, gjennom reglene i artikkel 13.2

3.6 "Plunder og heft"

Fabrikasjonskontraktsforhold vil i all hovedsak dreie seg om langvarige og omfattende prosjekter. For prosjektet kan det være ulike forhold som påvirker prisberegningen. På grunn av fremdriftsproblemer kan arbeidet bli mer kostnadskrevenne enn forutsatt. Likedan kan det tenkes at bruken av de innsatsfaktorer som inngår i en enhetsprisbestemmelse blir dyrere enn partene antok ved avtalens inngåelse. For leverandøren vil det være av stor økonomisk betydning om han kan belaste bestilleren med slike kostnadsøkninger.⁽⁵⁶⁾ Det kontraktsmessige løsningen av produktivetsproblemer kan være avhengig av årsaken. Av betydning vil det være om det foreligger omstendigheter som gjør at endringsordresystemet må igangsettes eller om det forutsetningsvis ikke foreligger omstendigheter som gir krav på endringsordre. I de sistnevnte tilfeller er problemstillingen om enhetsprisbestemmelser eller kontrakten forøvrig tar høyde for kostnadsøkninger ved arbeidet, som følge av manglende produktivitet, utenfor endringsregelens kompensasjonssystem.

I det følgende skal jeg behandle kort hvordan NF 92 løser "plunder og heft"-problemer. Siden vil jeg behandle enhetsprisklausulens betydning for produktivetsproblemer, og forholdet til NF 92s kompensasjonssystem.

Utgangspunktet for vurderingen av om NF 92 gir grunnlag for et eventuelt tilleggsvederlag for produktivitetssvikt må være at svikten ikke knytter seg til forhold som leverandøren har risiko for. Forhold under kontrakten som leverandøren måtte ha risikoen for, kan ikke brukes som grunnlag for et krav om økt vederlag. På den måten kan det oppstå spørsmål om han har krav på justering av sine priser. Her vil jeg nøye

Note 55: Barbo omtaler "plunder og heft"-problemet som produktivitetstap, se side 384- "Plunder" henspiller på at arbeidsomfanget øker, mens "heft" henspiller på at fremdriften i prosjektet hindres.

meg med å se på de typiske forhold som kan skape produktivetsproblemer og den kontraktsmessige håndteringen av slike.

NF 92 har bestemmelser om force majeure. Det er klart at utenforliggende omstendigheter kan påvirke kontraktarbeidets produktivitet gjennom at fremdriften hindres. Dette kan således øke kostnadene ved å frembringe ytelsen. Eksempelvis kan nevnes dårlig vær og streik. Hvis det således foreligger en relevant force majeure situasjon har leverandøren krav på justering av fremdriftsplanen etter artikkel 28.3, tredjeledd, men leverandøren må som utgangspunkt dekke sine egne omkostninger ved force majeure situasjonen, og har således ikke noe ubetinget krav på økonomisk skadesløsholdelse for virkningene av de fremdriftsproblemer som force majeure situasjonen forårsaket, jf. artikkel 28.3, første ledd

For utføringen av arbeidet under kontrakten kan fremdriftsproblemer også henge sammen med at bestilleren har mislighold sine plikter. Det fremgår av NF 92 artikkel 27.1 at kontraktens endringsordresystem håndterer de kostnadsmessige følgene et slikt kontraktsbrudd har for leverandøren. I NF 92 artikkel 11 gis en generell regel om håndteringen av fremdriftsproblemer. De problemer som bestilleren har risikoen for gir krav på endringsordre og økonomisk kompensasjon gjennom et tilleggsvederlag, jf. artikkel 11.2

Det neste problem er om enhetsprisene etter sitt eget innhold kan gi noen veiledning med hensyn til de vederlagsmessige konsekvenser av produktivitetsvansker.

Ved å akseptere fremdriftsplanen har leverandøren etter min mening som utgangspunkt påtatt seg ansvaret for at enhetsprisene er tilstrekkelige til å dekke kostnadene for de innsatsfaktorer som omfattes, så lenge kontraktsarbeidet pågår. Hvis selve arbeidet med å holde fremdriftsplanen viser seg mer kostnadskrevende enn leverandøren har antatt, bør ikke det gi grunnlag for justering av det avtalte vederlaget utenfor de tilfeller der NF 92 hjemler et tilleggsvederlag. Leverandøren har risikoen for egen dyktighet. Vederlagsberegningen under en enhetspris er således ikke tidsavhengig. For timerater derimot er den vanlige oppfatning at bestilleren har risikoen for hvor mange timer som kreves for å utføre arbeidet under kontrakten. Også ved bruk av timerater er

leverandøren forpliktet til å holde fremdriftsplanen. Kostnadene ved å øke produktiviteten for å møte kontraktens resultatkrav ligger imidlertid på bestilleren.

Gjennom utarbeidelsen av enhetsprisene kan partene ha forutsatt at et enhetsprisarbeid skal skje i henhold til en arbeidsplan. En omrokking av planen vil kunne medføre produktivitetssikt for arbeidsoperasjonene under kontrakten, og således få kostnadmessig virkning for leverandøren. Partene kan således ha inntatt klausuler om at enhetsprisene kun gjelder for kontraktsarbeidet hvis det utføres "within the planned work sequence." Det kan spørres om en slik klausul skal tolkes som et forbehold om prisendring av opprinnelige enhetspriser i et hvert tilfelle hvor det viser seg behov for omrokking av arbeidsoperasjoner som er av betydning for kostnadene ved å utføre arbeidet.

I NF 92 er det tatt høyde for at endringsarbeider kan ha hatt konsekvenser for annet kontraktsarbeid. I artikkel 13.2, litra a, åpnes det for at "forstyrrelser i andre arbeidsoperasjoner" under kontrakten kan kompenseres gjennom justering av kontraktens rater som danner utgangspunktet for den økonomiske skadesløshet av leverandøren av endringen. Risikoen for produktivitetssvikt i det opprinnelige arbeidet som skyldes slike forhold, er således bestillerens. Imidlertid sies det ikke noe uttrykkelig om, og eventuell i hvilken utstrekning, det skal tas hensyn til forstyrrelser i andre arbeidsoperasjoner ved økonomisk kompensasjon av endringer etter artikkel 13.2 litra a, b eller c.(56) En enhetsprisklausul kan således etter sitt eget innhold ha som formål å kompensere for mulige forstyrrelser i arbeidet under enhetsprisen. På den måten gir enhetsprisen selv hjemmel for justering av vederlaget hvor arbeidet blir forstyrret slik at det blir mer kostnadskrevenende å oppfylle kontrakten.

Etter ordlyden i klausulen "within the work sequence" oppstilles imidlertid ingen begrensninger for de tilfeller hvor en slik klausul kan anvendes. Imidlertid bør etter min oppfatning en slik klausul måtte undergis noen begrensninger utfra sammenhengen med de plikter og kontraktsvilkår leverandøren er bundet av i en kontrakt inngått på NF 92 vilkår, og utfra hva som er en naturlig risikofordeling i avtaleforholdet for kostnader

Note 56: Kassen påpeker på side 332 at artikkel 13.2 d og "forstyrrelser i andre arbeidsoperasjoner" faller utenfor mønsteret i forhold til de øvrige bestemmelser i artikkel 13.2.

som enhetsprisene belastes med. Ved å inngå en kontrakt på NF 92-vilkår har leverandøren gitt bestilleren rett til å beslutte endringer av leverandørens kontraktsplikter, forutsatt at han får kompensert for dette. Den kontraktsmessige håndtering av omrokkeringer av arbeidsdisposisjoner gir således leverandøren krav på endringsordre hvis de er igangsatt av bestilleren eller forøvrig bestillerens risiko. Forholdet "within the work sequence" bør etter min mening tolkes i samsvar med NF 92s regler der hvor slike produktivetsproblemer direkte blir kompensert gjennom endringsordresystemet. Eksempelvis bør ikke klausulen gi leverandøren adgang til kompensasjon der reglene om endringer i artikkel 12, force majeure-reglene i artikkel 28 og bestillerens mislighold regulert i artikkel 27 plasserer risikoen for et bestemt forhold hos den ene eller andre part. Utenfor de tilfeller der NF 92 regulerer spørsmålet om kompensasjon vil klausulen kunne gi leverandøren krav på justering av enhetsprisbestemmelsen.

Mot dette kan innvendes at de rater som skal anvendes for fastsettelsen av tilleggsvederlaget selv inneholder marginer som dekker "forstyrrelser i andre arbeidsoperasjoner," jf. artikkel 13.2 litra a, b og c. På den måten vil en klausul om at enhetsprisene gjelder "within the work sequence" medføre at leverandøren får dobbelt kompensert for "forstyrrelser i andre arbeidsoperasjoner." Dette er etter min mening ikke særlig tungtveiende innvendinger. Bestilleren bør ha en klar oppfordring til å reserve seg mot slike klausuler hvis han mener de gir leverandøren dobbelt kompensasjon. Til dette kommer at slike klausuler etter min mening er forenlige med NF 92 og dens bestemmelser om kompensasjon i artikkel 13.2.

Produktivetsproblemer kan også henge sammen med økt arbeidsvolum. I en fabrikasjonskontrakt vil en økning i arbeidsomfang medføre at det blir anvendt flere "enheter" for de innsatsfaktorer som faller inn under disse. Først og fremst vil dette dreie seg om arbeidskraft. Ved en økning av innsatsfaktorene som kreves for å møte problemene vil således mengde enheter økte. Som hovedregel vil da også leverandørens totale vederlag øke ved at enhetene multipliseres med mengden enheter. Det er nettopp den type risiko som i utgangspunktet reguleres ved å innta enhetspriser i kontrakten. Er man utenfor det arbeidsvolum som følger av arbeidsbeskrivelsen eller andre dokumenter som bidrar til å fastlegge innholdet av arbeidspliktens omfang, vil NF 92s endringsregler måtte aktiviseres for å få kompensert for det økte arbeidsvolum. Etter

min mening kreves det et grunnlag både for justeringen og for hvordan justeringen skal foretas hvis en økning av arbeidsvolumet skal kompenseres utenom NFs eget system. Imidlertid går det en grense for hvor mange eller hvor få enheter som arbeidet kan omfatte selv om arbeidsbeskrivelsen ikke endres. Forutsetningene for utføring av arbeidet vil da kunne bryte, og således kunne få vederlagsmessige konsekvenser.

3.7 Klausuler om at indirekte arbeid ikke dekkes av enhetsratene.

En vanlig bestemmelse å innta i kontraktens prisformat er en klausul om at indirekte arbeid ikke er dekket av enhetsratene. Slike bestemmelser kan være gjort generelle eller være ettertrykkelig knyttet til en spesiell enhetspris. Den rettslige betydningen av disse klausuler i relasjon til vederlagsberegningen er at det indirekte arbeidet skal betales etter andre bestemmelser enn for de innsatsfaktorer som inngår i enheten. Dette gir på den måten uttrykk for en risikoplasserting for de kostnader som inngår i enheten. Dette gir på den måten uttrykk for en risikopassering for de kostnader som kan oppstå ved å frembringe "enheten." I det følgende skal jeg si noe om tolkningen av slike klausuler og litt om den kontraktsteknikk som partene bruker for å skille ut indirekte arbeide av en enhetsprisbestemmelse.

Det grunnleggende problem ved bruk av slike klausuler er hvordan skillet mellom direkte og indirekte arbeid skal trekkes.

Det samme problem kan oppstå for arbeidselementer som skal gjøres opp etter regning.⁽⁵⁷⁾ Som nevnt tidligere under punkt 2.4 har entreprenøren krav på dekning av blant annet indirekte kostnader i tillegg til de direkte kostnader ved oppdraget. Det kan også ved bruk av regningsprinsippet ved fastsettelse av vederlaget være vanskelig å avgjøre om kostnadene ved en innsatsfaktor skal henføres til de direkte kostnadene eller til påslagselementet.

Note 57: jf. Sandvik s.178

Utgangspunktet for denne vurdering må være at partene har frihet til å utarbeide vederlagsbestemmelser, og det bør således være opp til partene hvordan skillet skal trekkes. Imidlertid henspiller muligens skillet på kostnader ved innsatsfaktorer som bare kommer til nytte i arbeidet under vedkommende enhetspris og kostnader som ikke direkte kan knyttes til et bestemt arbeid. Dette skillet har vel også et grunnlag i bransjesedvane. I entreprisekontrakter som skal gjøres opp etter regning er det enighet om at det gjelder et alminnelig prinsipp om at som direkte kostnader regnes bare kostnader som knytter seg spesielt til det enkelte byggeoppdraget. Sandvik(58) hevder at alle kostnader som refererer seg til ytelser som er felles for flere av entreprenørenes byggeoppdrag, regnes som indirekte. En uttrykkelig regulering av hvilke kostnader som hører til den ene eller andre kategori er uvanlig i entreprisekontrakter som gjøres opp etter regning. I fabrikkasjonskontrakter er det imidlertid forholdsvis faste mønstre for hvordan indirekte kostnader skilles ut fra enhetsprisen ved bruk av klausuler. En vanlig måte å regulere dette på er å innta en bestemmelse i den enkelte enhetspris om at indirekte arbeid ikke er dekket, og i tillegg ha en generell bestemmelse som definerer hva som skal anses som indirekte arbeid under kontrakten.

Hvor definisjonen av indirekte arbeider volder tvil, er det naturlig å se om den aktuelle innsatsfaktor er omfattet av en annen prisbestemmelse. Eksempelvis kan det tenkes at det oppstår spørsmål om en enhetspris omfatter "organisering og ledelse" av arbeidet under en enhetspris. Dette kan imidlertid være dekket av en prisbestemmelse om at slike innsatsfaktorer skal gjøres opp etter regning, og i denne prisbestemmelse kan innsatsfaktoren "organisasjon og ledelse" også være henvist til som indirekte arbeid. På denne måten presiseres innholdet av den generelle definisjon av indirekte arbeid.

Spørsmålet om hvilke innsatsfaktorer som omfattes av "organisering og ledelse" kan imidlertid by på problemer å løse. Etter min mening bør formålet med bestemmelser om at indirekte arbeid skal dekkes særskilt, tillegges stor vekt ved tolkningen av prisbestemmelsene i kontrakten. Etter min oppfatning vil formålet med å ha forskjellige vederlagsbestemmelser for direkte og indirekte arbeid være at de indirekte kostnadene ikke knytter seg til arbeidet under en bestemt enhetsprisbestemmelse. Dette er såles de samme synspunkter som gjør seg gjeldene i entreprisekontrakter som skal gjøres

Note 58: Se side 178-179

opp etter regning. Entrepriserettslige synspunkter har imidlertid liten tyngde i forhold til å fastlegge innholdet av en bestemmelse om indirekte arbeid i en fabrikasjonskontrakt. Etter min mening er det imidlertid de samme hensyn som ivaretas ved å skille mellom direkte og indirekte arbeid i kontrakter som gjøres opp etter regning og entreprisekontrakter.

Eksempelvis kan kostnadene til ledelsen av bare det arbeid som er omfattet av en enhetspris være dekket som indirekte arbeid under en enhetspris i en fabrikasjonskontrakt. Ledelsen av det totale arbeid under en fabrikasjonskontrakt som leverandøren skal utføre kan således sees på som "service to direct labour,"(59) og er en overordnet funksjon som ikke kan knyttes direkte til et bestemt arbeid. På denne måten kan man tale om kostnader til arbeid som oppstår på ulike nivåer. I andre tilfeller kommer ikke løsningen like klart til uttrykk. Etter min mening må utgangspunktet ved bruk av slike klausuler være at det er en måte å fordele risikoen for visse typer kostnader som oppstår i forbindelse med arbeidet under kontrakten mellom partene. På den måte skal klausulene ivareta de samme hensyn som ivaretas gjennom å skille mellom direkte og indirekte kostnader som skal gjøres opp etter regning. Skillet kan ha stor økonomisk betydning for begge partene. Utfra det utgangspunkt som jeg mener bør gjelde ved tolkning av enhetsprisbestemmelser, har parten en oppfordring til å klargjøre hva som dekkes av en bestemmelse om at indirekte arbeid ikke er dekket av en rate. Noen felles "bransjestandard" for indirekte kostnader finnes ikke for fabrikasjonens vedkommende. Etter dette kan ikke en henvisning til at formålet med en enhetspris vanligvis er at det er de direkte kostnader under enhetsprisbestemmelsen som dekkes, gi grunnlag for at indirekte kostnader skal dekkes etter en annen vederlagsregel. Den omfattende regulering man i praksis finner i fabrikasjonskontrakter omkring dette tema, tilsier varsomhet med å anvende alminnelige synspunkter som grunnlag for et slikt skille.

3.8. Quantity update-klausuler

Note 59: Med dette uttrykk mener jeg tilrettelegging av arbeidet under en enhetspris

Ved inngåelsen av fabrikasjonskontrakten har leverandøren gitt sitt tilbud i tillit til det foreløpige anslag over hvor mange enheter som trengs for å oppfylle kontrakten. På den annen side vil prosjekteringen av den ytelse som skal fabrikkere sjelden være endelig fastlagt på avtaleinngåelsestidspunktet. Han vil således ofte ha et behov for forutsigbarhet med hensyn til hvordan mengdene av de enheter som er nødvendig for å oppfylle kontrakten vil utvikle seg underveis i kontraktsperioden. Dette kan være av betydning for kostnadsdekningen under enhetsprisene fordi denne kan være knyttet til den mengde enheter som benyttes i arbeidet. Uforutsigbarheten kan reduseres ved bruk av klausuler. Omfanget av de innsatsfaktorer som går inn under kontrakten kan også tenkes å gi holdepunkter for hvordan risikoen av mengden som skal plasseres. Jeg vil nedenfor komme med synspunkter på tolkningen av quantity-update-klausuler og redegjøre nærmere for hvordan dette kommer til uttrykk i en fabrikasjonskontrakt.

I fabrikasjonskontrakter er det vanlig med et system hvor det foretas oppdateringer av de mengder som faktisk medgår i arbeidet. På den måten blir det mulig å beregne leverandørens vederlag for enhetsprisdelen av kontraktsarbeidet. Imidlertid kan leverandøren ha ulike marginer og kostnadsdekning på samme enhetsrater avhengig av hvor mange enheter som blir anvendt. Eksempelvis kan det tenkes at en rate inneholder faste kostnader som vil påløpe uavhengig av mengde enheter. Hvis leverandøren fordeler disse faste kostnadene på enhetsratene på grunnlag av de foreløpige mengdeangivelser kan det tenkes at han ved reduksjon av mengdene utover et visst nivå, ikke får dekket disse, og vil gå med tap. Gjennom å avtale et system hvor enhetsprisene er differensiert avhengig av de faktiske mengde enheter som medgår til kontraktsarbeidet, vil leverandørens usikkerhet reduseres. Dette kan gjøres ved å innta såkalte quantity-update-klausuler i kontrakten som kort sagt knytter enhetsprisene til nærmere avtalte mengdeintervaller. Praktisk gjøres dette ved å innta en båndrate hvor realiteten er at man er utenfor den kostnadsdekning som leverandøren gjennom en bestemt enhetspris har betinget seg. "Båndrate" henspiller på det minimum mengde enheter som enhetsprisen gjelder for. Utenfor disse mengdene gjelder ikke enhetsprisene etter sitt eget innhold og partene er henvist til å beregne vederlaget etter en annen av kontraktens enhetspriser. Ved dette system holdes således NF 92s endringsordreregler utenfor justeringen av vederlaget.

Et neste problem blir hvordan den situasjon at man er utenfor de mengder som dekkes av quantity-update-ratene skal løses. Som utgangspunkt vil ikke kontrakten inneholde enhetsrater, og således mangle prisregler, for disse situasjonene. Det alminnelige utgangspunkt skulle da være at partene var henvist til å inngå en ny avtale om prising av det aktuelle arbeid.

I NF 92 kan det være grunn til å se på om kontrakten selv løser de spørsmål som vil oppstå i denne situasjonen. Det kan hevdes at i en slik situasjon er forutsetningene for hele quantity-update-systemet sprengt gjennom at leverandørens plikter slik de følger av arbeidsbeskrivelsen ikke bare er presisert, men også endret. På den måten vil man være over i NF 92s endringsordresystem, og vederlaget ville måtte fastsettes på grunnlag av, eller med utgangspunkt i kontraktens enhetspriser etter kompensasjonssystemet i artikkel 13.2

Utenfor de quantity-update-klausulerte tilfelle kan det reises spørsmål om kontrakten gir holdepunkter for å avgrense enhetsprisenes anvendelsesområde på grunnlag av bindende kvantitetsangivelser eller krav om minste kostnadsdekning for leverandøren knyttet til mengde enheter prisene gjelder for. Svaret må bero på vanlige tolkningsprinsipper, men kan ha et nokså komplisert grunnlag.

I en ekspertavgjørelse avsagt under det foreløpige tvisteløsningssystemet i NF 92 illustreres hvordan dette problemet kan arte seg. Omfanget av en såkalt HVAC-disiplin var redusert med 80% av de oppgitte mengdene på avtaleinngåelsestidspunktet. Leverandøren krevde på dette grunnlag revisjon av enhetsprisene for vedkommende arbeid. Arbeidsbeskrivelsen ga i seg selv intet svar på om det arbeidsomfang enhetsprisene var gitt i tillit til, innebar noen begrensning av den mengde enheter prisene skulle gjelde for. Kontrakten inneholdt heller ikke noen anvendelige quantity-update-klausul. Utgangspunktet er da at leverandøren har risikoen for at han ikke får dekket sine kostnader ved at arbeidsomfanget blir mindre enn han regnet med. Imidlertid fant eksperten at en kvantitetsangivelse i kontraktens prisformat var relevant også for kontraktens arbeidsomfang. På den måte konkluderte eksperten med at det forelå en endring av leverandørens kontraktsplikter gjennom det reduserte arbeidsomfang. Dermed ble NF 87s (tilsvarende NF 92s) endringsordresystem igangsatt, og leverandøren ble kompensert gjennom endringsratene.

Løsningen ble i denne avgjørelsen knyttet til en tolkning av kontraktens arbeidsomfang og fastleggelsen av dette. Uten uttrykkelig avtale om quantity-update med tilhørende justering av prisen vil fastleggelsen av kontraktspliktens omfang, som vist i ekspertavgjørelsen, kunne danne en slik grense for om en enhetspris kan anvendes avhengig av mengde enheter. I motsatt fall vil enhetsprisene måtte legges til grunn avhengig av mengden av enheter som har medgått i arbeidet.

Det kan reises spørsmål om en enhetsprisbestemmelse etter sitt eget innhold kan gi uttrykk for at det er enkelte kostnader leverandøren skal ha dekket uavhengig av den mengde enheter som medgår i arbeidet. Rent faktisk kan de innsatsfaktorer som går inn under en enhetsrate dels tenkes å være mengdeavhengige, eksempelvis hvor mange liter maling som medgår til arbeidet under den aktuelle enhetspris. Dels kan leverandørens kostnader for innsatsfaktorer under en enhetspris være mengdeuavhengige. Eksempelvis kan det tenkes at kostnadene til det utstyr leverandøren må bruke for å utføre arbeidet ligger fast, men inngår i enhetsprisen. Det er klart det har formodningen mot seg at kostnadene for enkelte innsatsfaktorer som inngår i enhetsprisen ikke skal avregnes etter den alminnelige regel for vederlagsberegningen ved bruk av enhetspriser. Etter min mening kreves det et klart avtalemessig grunnlag for å anse deler av enhetsprisen som mengdeuavhengig. Det tilsvarende må gjelde krav fra bestilleren om reduksjon i prisen hvis det blir flere enheter å fordele kostnadene på. En måte å uttrykke at leverandøren skal ha dekket et visst minimum av kostnader er nettopp å regulere det gjennom quantity-update-klausuler.

Hvis leverandøren ved avtaleinngåelsen har foretatt en oppdeling av enhetsprisene i eksempelvis faste og variable kostnader i prisformatet, kan etter min mening en slik oppdeling ikke gi grunnlag for at det er avtalt at visse kostnader under en enhetspris skal dekkes uavhengig av medgått mengde enheter. Særlig gjelder dette hvis det heller ikke er sagt noe om justering av enhetsprisene i slike tilfelle. De forutsetninger leverandøren hadde med hensyn til enhetsmengden for sin kostnadsdekning må på bakgrunn av NF 92 komme klart til uttrykk for at et krav om vederlagsøkning utenfor endringsreglene skal kunne tas til følge. Hvis bestilleren har foretatt oppdelingen av enhetsprisen vil etter omstendighetene partenes felles forutsetninger tilsi at leverandøren

har krav på å få dekket de faste kostnadene som påløper uavhengig av mengdene enheter.

I andre tilfeller er ikke nødvendigvis anvendelsen av disse direkte knyttet opp mot mengden. Men like fullt kan det tenkes at mengdene blir vesentlig større eller mindre enn hva leverandøren hadde tenkt seg når han inngikk avtalen.⁽⁶⁰⁾ I ekspertavgjørelsen nevnt ovenfor ble ikke løsningen direkte knyttet til en tolkning av kontraktens enhetsprisbestemmelser. Imidlertid uttalte eksperten at han var i liten tvil om at det ville ha foreligget en relevant bristende forutsetning for leverandørens enhetspriser på grunnlag av det reduserte arbeidsomfang, men han anså det som liggende utenfor hans kompetanse å avgjøre saken på et slikt grunnlag. På den annen side må løsningen i de situasjonene hvor leverandørens forutsetning anses for irrelevant, være at enhetsprisen legges til grunn uavhengig av bearbeidet areal, løpemeter med elektriske ledninger, eller lignende innsatsfaktorer som inngår i enheten. Med andre ord vil en kostnadssenkning som leverandøren oppnår ved anvendelsen av enhetsprisene på kontraktsarbeidet være uten betydning i rettsforholdet mellom partene.

Hvis forutsetningene for enhetsprisene er bristet, oppstår et spørsmål om han har krav på reprising av disse. Utgangspunktet må etter min mening være at dette spørsmål løses på grunnlag av de alminnelige regler om bristende forutsetninger. Anses den reduserte eller økte mengden som en relevant bristende forutsetning, oppstår spørsmålet om NF 92 løser den videre håndtering av problemet, eller om løsningen må bero på alminnelige regler.

3.9 Oppmåling av enhetene: «as-bulit-klausuler»

Ved bruk av enhetspriser er det en vanlig forståelse at den som bestiller har risikoen for mengden av enheter som går med til å oppfylle kontrakten. Dette omtales ofte som «masserisikoen.» Imidlertid innebærer beregningen av vederlaget under en enhetspris at

Note 60: Jf. Kaasen s.249

arbeidet må oppmåles for å se hvor mange enheter som er medgått. Gjennom å bestemme hvordan kontraktsarbeidet skal måles, kan risikoen for enkelte kostnader være plassert hos henholdsvis leverandøren eller bestilleren.

Den vanlige forståelse av slike «as bulit-» klausuler er at ved oppmåling av hvor mange enheter som er medgått til å oppfylle kontraktsplikt, skal det bare medregnes de enheter som er inkorporert i kontraktsgjenstanden. Dette er med andre ord en oppmålingsregel som regulerer hvor mange enheter som skal inngå i vederlagsberegningen for et enhetspriselement under kontrakten.

Formålet med slike klausuler må være å sikre en rasjonell utnyttelse av de innsatsfaktorer som faller inn under klausulen og å oppfordre leverandøren til å etablere gode rutiner for slik utnyttelse. Eksempelvis kan det tenkes at det skal foretas rørarbeider utført etter en enhetspris per meter anvendt rør for hele fabrikasjonen. Ved dette arbeidet kan det tenkes at det blir mye «overskuddsrør»⁽⁶¹⁾ grunnet kapplengder og andre vanskeligheter med å koordinere rørarbeidet under ett. En «as-bulid-» klausul innebærer at «overskuddsrøret» ikke skal regnes med ved oppmålingen av hvor mange enheter som er medgått i arbeidet.

Det kan ved bruk av slike klausuler hevdes å være likhetstrekk med de begrensninger i regningsprinsippet når det gjelder adgangen til å belaste bestilleren med kostnader som stammer fra uforsvarlig drift. Den økonomiske betydningen av slike klausuler kan være stor og stiller dermed i praksis krav til etablering av et «koordineringssystem» og til god og forsvarlig planlegging av arbeidet.

Den rettslige betydningen av slike klausuler er at det gjøres en avgrensning i den «masserisiko» som etter vanlig oppfatning ligger på bestilleren ved bruk av enhetspriser. Bestilleren har kun risikoen for den mengde innsatsfaktorer som ved ferdigstillelsen er direkte anvendt i kontraktsgjenstanden.

Det kan reises spørsmål om det også uten en «as bulit-» klausul kan være grunnlag for en innskrenking av masserisikoen. For arbeidselementer som skal gjøres opp etter regning vil leverandøren etter alminnelige regler ikke kunne belaste bestilleren med

Note 61: Gerne kalt «kapp»

kostnader som stammer fra «uforsvarlig drift.» Det kan hevdes at behovet for en slik begrensning i masserisikoen er likt også for enhetspriselementer. Imidlertid må en slik begrensning ha rettslig grunnlag. Utfra lojalitetsbetraktninger er det etter min mening en naturlig og rimelig risikofordeling mellom partene at det oppstilles et krav om forsvarlig drift også for enhetspriselementer under kontrakten. Kostnader som har sitt utspring i at leverandøren ikke utnytter enhetene rasjonelt, bør han bære selv. Det kan innvendes at en slik regel ikke vil gi særlig veiledning fordi den nødvendigvis vil bli vag og upresis. Etter min mening må det som for regningsregelen være et omfattende «slingringsmonn,» men en slik regel kan fungere som en sikkerhetsventil.

3.10 Forholdet mellom vederlagsberegningsprinsipper og klausuler

Sammenfatning av forholdet klausuler og prinsipper og NF 92.

Det er ovenfor vist at vederlagsberegningen i fabrikasjonsforhold er komplisert. Den er nær knyttet til partenes behov og ønsker vedrørende den enkelte kontrakt, selv om de kontraktsteknikker som benyttes, går igjen i andre kontrakter. De klausuler som anvendes bidrar etter mitt syn til at alminnelige vederlagsprinsipper gir liten veiledning for hva en part må betale for en ytelse og hvilken risiko som valg av vederlagsregel gir uttrykk for. Ved bruk av enhetspriser vil regelmessig innsatsfaktorer være unntatt fra det som dekkes etter en naturlig tolkning av enheten i sammenheng med kontraktens resultatskrav. Ved bruk av quantity-update-klausuler gjøres enhetsprisene volumavhengige. Gjennom klausuler om kompensasjon for forhold som kan øke kostnadene ved å oppfylle kontrakten og NFs kompensasjonssystem, kan vederlaget variere utfra faktiske forhold. Disse observasjoner innebærer at en henvisning til at prisen ligger «fast» fra avtaleinngåelsestidspunktet ofte ikke gir et presist svar på hvilken pris eller risiko bruk av enhetspriser gir uttrykk for. Risikoen for hvor mange enheter som må brukes for å nå et kontraktsmessig resultat vil også kunne være delt mellom partene i større grad enn det inntrykk som skapes ved en henvisning til at bestilleren har «masserisikoen» ved bruk av enhetspriser. Grensene mellom de ulike vederlagsprinsippene blir gjennom klausulene, visket ut. I visse tilfeller vil eksempelvis leverandørens faktiske kostnader ved å oppfylle kontrakten være av betydning for beregningen av vederlaget under en «fast» enhetspris. På den måte blir elementer av regningsprinsippet anvendt i vederlagsberegningen under en enhetspris. Til dette kommer at regningsprinsippet kan få betydning som deklarasjonsregel for

vederlagsberegningen. Dersom det er grunnlag for å dele opp enhetsprisene i faste og variable deler forsvinner noe av forskjellen mellom fastsum- og enhetsprisbestemmelser. Markedsprisprinsippet blir etter det materialet som er gjennomgått ovenfor i liten grad benyttet som grunnlag for klausuler tilknyttet enhetsprisbestemmelse under en fabrikkasjonskontrakt.

Etter dette kan det sies at det er en klar forskjell mellom innholdet av de ulike vederlagsberegningssprinsippene og vederlagsreguleringen under den enkelte fabrikkasjonskontrakt.

4. Enkelte synspunkter om bruk av avtalelovens§36 på enhetspriser.

I norsk kontraktsrett kan en kontraktsplikt falle bort eller justeres på grunnlag av avtalelovens§36 hvis kontrakten eller et kontraktsvilkår anses for «urimelig.» For klausuler og forbehold brukt i tilknytning til enhetsprisbestemmelser i kontrakter inngått i NF 92 vilkår, oppstår det spørsmål om avtl§36 kan gi grunnlag for en økning eller en reduksjon av det vederlag leverandøren hadde krav på etter kontraktens vederlagsbestemmelser. I det følgende skal jeg redegjøre for enkelte synspunkter omkring bruk av avtl§36 på enhetsprisbestemmelser.

Det er en utbredt oppfatning at avtl§36 vanskelig vil få anvendelse på kontrakter inngått på bakgrunn av NF 92. NF 92 var gjenstand for omfattende forhandlinger, og den er i vid utstrekning et resultat av en lang rekke kompromisser. Enkeltstående kontraktsvilkår som isolert sett kan fremstå som urimelige, kan sett i sammenheng med kontrakten forøvrig være utslag av nettopp disse kompromisser.(62) Det hevdes således at avtl§36 vanskelig kan anvendes på kontrakter inngått på NF 92 vilkår, verken isolert eller som helhet.

Note 62: Jf. Kaasen side 39-40

Kontraktens prisbestemmelser er imidlertid individuelt forhandlet, og de samme type betenkeligheter ved å anvende avtl§36 på disse dokumenter gjør seg etter min mening ikke gjeldende her. Disse er ikke utslag av kompromisser og forhandlinger av samme karakter som selve NF 92. Det gjør seg imidlertid gjeldende tungveiende hensyn mot å anvende avtl§36 også på for individuelt forhandlende enhetspriser.

Prisbestemmelser med tilhørende klausuler og forbehold inngås vanligvis mellom to særdeles profesjonelle parter, og det taler sterkt for å anvende avtl§36 på slike bestemmelser selv om utviklingen skulle medføre at innholdet i disse gikk sterkt i favør av den ene eller andre part.

Den omfattende regulering ulike forhold som kan påvirke vederlaget, taler etter min mening mot å anvende avtl§36 på klausulene. Det er en naturlig betraktning at partene har vurdert risikoen nøye gjennom de bestemmelser de har vedtatt. Slike klausuler har nettopp som sitt primære formål å nysansere og balansere risikoen for kostnader og andre forhold som kan påvirke vederlaget i kontraktsperioden. Dersom utviklingen skulle medføre at de klausuler som er omtalt ovenfor gir en part en særlig sterk økonomisk stilling på bekostning av den andre parten, kunne dette isolert sett trukket i retning av at klausulen var urimelig. Generelt antar jeg likevel at det vil være et tungt argument mot å anse en vederlagsklausul som urimelig at reguleringen av risikoen for kostnader gjennom vederlagsbestemmelsene ofte kan slå begge veier. Hvis eksempelvis leverandøren har klart å utnytte innsatsfaktorene på en svært rasjonell måte vil inntjeningen under enhetsprisen bli høy. Motsatt hvis utnyttelsen er dårlig. En generell rimelighetsstandard vil således gi en liten veiledning for rimelighetsvurderingen omkring hva som er urimelig i denne sammenheng. Å oppstille en generell norm for hva som er rimelig i slike situasjoner bør således overlates til partene.

Den omfattende og kompliserte avtaleregulering som kontraktens prisbestemmelser med tilhørende klausuler er et uttrykk for, øker muligheten for at partene ikke nødvendigvis har oversikt over alle virkninger en prisklausul kan ha gjennom avtaleforholdet. Det kan spørres om dette utvider adgangen til å sensurere kontraktsklausulen ved bruk av avtl§36. Dette omtales som tilfeller der

avtaleklausulen objektivt sett er uegnet til å regulere partenes mellomværende.⁽⁶³⁾ Synspunktet er her at dersom klausulen utfra partenes forutsetninger eller formål får utslag som partene ikke hadde tenkt på eller kommet i strid med det partene ønsket, kan dette være et moment som taler for bruk av avtl§36. I en voldgiftsdom⁽⁶⁴⁾ illustreres hvordan synspunktet anvendes i forholdet til avtl§36. Det var her tale om en valutareguleringsklausul hvor det var etablert en sammenheng mellom dollarens kursbevegelse og endringen av splittbeløpet. Utviklingen av dollarkursen i forhold til kronekursen medførte at klausulen fikk et innhold som var fullstendig utilsiktet. Voldgiftsretten antok at når klausulen har fått et innhold som ligger "helt utenfor hva partene har tenkt, eller tatt sikte på, og på den annen side ved de mer ekstreme valutakurser slår ut med beløp som fullstendig forrykker den økonomiske balanse mellom partene" ville klausulen sensureres etter avtl§36. Andre momenter som talte for å anvende avtl§36 på klausulen var at partene var bundet til hverandre i et langvarig samarbeide, og at det var en nødvendig forutsetning for samarbeidet at begge parter fikk et rimelig økonomisk utbytte i tråd med partenes forutsetninger.

Den grunnleggende premiss for voldgiftsrettens avgjørelse var at klausulen i forhold til begge parter forutsetninger fikk virkninger som var "fullstendig utilsiktet." Å legge til grunn et slikt kriterium vil kunne by på bevismessige vanskeligheter. Det kan likevel være rimelig å legge voldgiftsrettens synspunkter til grunn for prisklausuler i fabrikkkontrakter. På bakgrunn av det som er sagt ovenfor om den kompliserte regulering av en fabrikkkontrakts prisbestemmelser bør etter min oppfatning voldgiftsrettens synspunkter også kunne anvendes på klausuler, og prisbestemmelser generelt i kontrakter inngått på NF 92-vilkår.

Note 63: Jf. Hagstrøm Lov og rett s.131-188, på side 160

Note 64: ND1985 s.234, "Mascot-" dommen, på side 246-247